

64

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Corrupción

Sebastián Valenzuela Agüero

2023

 ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE



Sebastián Valenzuela Agüero

Abogado, magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Es profesor de Derecho Penal de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica de Chile, profesor de Derecho Penal de la Universidad Central y docente de la Academia Judicial en los cursos de Actualización Legislativa y Jurisprudencial de Derecho Penal y Crimen Organizado y Lavado de Activo.

Actualmente es socio de VRB Litigación, Compliance y Tecnología. En el sector público, se ha desempeñado como subsecretario de Justicia, como jefe de la división jurídica-legislativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y como secretario ejecutivo de la Comisión Nacional de Coordinación del Sistema de Justicia Penal. Ha representado al Estado de Chile ante el Working Group on Bribery in International Business de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, y ha sido miembro del Comité de Expertos contra la Corrupción y el Comité de Expertos para la Evaluación de Proyectos en el Fondo Nacional de Seguridad Pública.



Corrupción

MATERIALES DOCENTES 64

© Sebastián Valenzuela Agüero,
por los textos, 2023

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2023
Amunátegui 465, Santiago de Chile
academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

EDICIÓN Y DISEÑO: Tipografía (tipografica.io)

Todos los derechos reservados.

Resumen

El material docente sobre corrupción busca ofrecer una visión amplia del fenómeno a nivel global, a partir de la cual se analiza la situación de Chile a través de sus principales figuras penales.

Para ello, se aborda su conceptualización y la identificación de sus causas y efectos, para luego relevar las principales estrategias contra la corrupción, en especial la normativa internacional vigente.

Posteriormente, se revisan los principales casos conocidos por la opinión pública en los últimos treinta años y las reacciones frente a ellos, y se profundiza en las estrategias institucionales y normativas que se han implementado en el último tiempo. Finalmente, el texto aborda una aproximación jurídica a la corrupción, mediante el análisis del bien jurídico comprometido con el fenómeno y los problemas asociados con la delimitación del concepto de funcionario público y con la participación de particulares, para concluir con una revisión detallada de las principales figuras penales aplicables (cohecho, malversación, fraude al fisco y prevaricación) y los problemas interpretativos que se plantean a la luz de la jurisprudencia más reciente sobre la materia.

Esperamos que esta publicación aporte a la incesante tarea de prevenir y sancionar la corrupción.

Contenido

6	CAPÍTULO 1
	El fenómeno de la corrupción a nivel mundial
6	Introducción
8	Concepto de corrupción
13	Clasificación de la corrupción
15	Principales características de la corrupción
16	Factores que favorecen la corrupción
22	Efectos de la corrupción
28	Estrategias contra la corrupción
32	Estrategias normativas contra la corrupción
56	CAPÍTULO 2
	El fenómeno de la corrupción en Chile
56	Introducción
86	El sistema de justicia penal y la corrupción
109	CAPÍTULO 3
	Estrategias institucionales y normativas contra la corrupción
109	Estrategias institucionales
123	Estrategias normativas
186	CAPÍTULO 4
	La función pública como bien jurídico protegido en los delitos de corrupción
186	La importancia de un bien jurídico protegido en los delitos de corrupción
189	La Administración pública como posible bien jurídico tutelado
191	La función pública como bien jurídico tutelado
194	Consecuencias y prevenciones de la función pública como bien jurídico protegido
198	Delitos contra la función pública como delitos de infracción de deber

206	CAPÍTULO 5
	Concepto penal de funcionario público
206	Consideraciones previas para su delimitación
211	Concepto penal de funcionario público
220	Conclusión
222	CAPÍTULO 6
	Autoría y participación en los delitos de corrupción
222	Los delitos de corrupción como delitos especiales
223	La (in)comunicabilidad de la calidad del sujeto activo
228	Delitos especiales y delitos de infracción de deber
231	Soluciones normativas en derecho comparado y en Chile
233	CAPÍTULO 7
	Principales delitos contra la Administración pública que afectan la imparcialidad de la función pública
233	Explicación preliminar
234	Cohecho
239	Cohecho en razón del cargo (artículo 248, inciso primero)
247	Cohecho por acto propio (artículo 248, inciso segundo)
250	Cohecho por infracción de deberes (artículo 248 bis)
253	Cohecho por crímenes o simples delitos (artículo 249)
255	Cohecho del particular (soborno)
258	Cohecho a funcionario público extranjero (artículo 251 bis)
263	Aumento de penas de la Ley 21.121
264	CAPÍTULO 8
	Principales delitos contra la Administración pública que afectan aspectos patrimoniales
264	Malversación de caudales públicos
287	Fraude al fisco (artículo 239)
294	CAPÍTULO 9
	Principales delitos contra la administración de justicia cometidos por funcionarios, abogados y procuradores
294	Comentarios generales
296	Prevaricación judicial
305	Referencias

Capítulo 1

El fenómeno de la corrupción a nivel mundial

Introducción

El fenómeno de la corrupción ha tenido siempre una fuerte presencia histórica, geográfica y social. A lo largo de la historia, la condición humana siempre ha estado expuesta a la priorización por el acceso, mantenimiento e incremento del dinero, el poder y el prestigio, en desmedro de consideraciones sociales, normativas y del bien común. Este fenómeno no es propio de algunos países o regiones. En efecto, la corrupción se presenta tanto en países en vías de desarrollo como industrializados, sean repúblicas o monarquías, dictaduras o democracias, aunque en países con regímenes democráticos consolidados se pueden desarrollar de manera más eficiente estrategias institucionales y normativas para enfrentar la corrupción, lo que se ve favorecido con elecciones periódicas de las autoridades, poderes judiciales y medios de comunicación independientes, sectores de oposición política con amplios márgenes de libertad y expresión, y una cultura de rechazo frente a las prácticas corruptas. Si bien profundizaremos sobre ello a propósito de los factores que favorecen este fenómeno, no es de extrañar que, al menos en el contexto regional latinoamericano, este fenómeno se ha dado con singular intensidad y, pese a su constatación, el rechazo a la corrupción no ha sido equivalente, ya que «en la mayoría de los países iberoamericanos no solo ha contado con la tolerancia de la sociedad, sino que, incluso, ha estado rodeado de un cierto halo de prestigio» (Cury Urzúa, 1996: 99).

Pero también la corrupción se da en forma transversal a nivel social, partiendo desde luego dentro del aparataje estatal al más alto nivel. Pueden llegar incluso a concebirse Estados paralelos, donde detrás de una fachada de Estado de derecho se encuentra un Estado al margen de la ley, con códigos y normas propios, cooptando el interés social al interés particular de todo un *staff* de personas vinculadas a la Administración

pública (Ferrajoli, 1996: 16).¹ Sin embargo, la corrupción no se detiene ahí, pues cruza a los ciudadanos y a la sociedad civil en general que se relacionan con la Administración, donde pueden a la vez ser víctimas y protagonistas de este fenómeno. Desde luego, abarca también a las propias organizaciones empresariales, no exentas de prácticas corruptas dentro del desarrollo ordinario de sus actividades.²

Con todo, en los últimos treinta años, en todo el mundo se han conocido casos extremadamente graves de corrupción al más alto nivel público y privado, incluso en países desarrollados,³ tendencia que se debería tanto a una profundización de la transparencia de las relaciones en el ámbito público —ya sea estatal o empresarial, o en su conjunto— como a una mayor conciencia de los efectos nocivos de este fenómeno y su rechazo, lo que ha promovido la irrupción de un sinnúmero de estudios, encuestas y análisis de este fenómeno provenientes desde la economía, la sociología, el derecho y la propia política,⁴ tendencia de la cual Chile no ha quedado exento.

Basta destacar como reacción a este fenómeno en Chile la Comisión Nacional de Ética Pública sobre Probidad y Prevención de la Corrupción (1994) y el Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción (2015). Pese a que estas constataron que Chile posee una «impresionante historia de probidad»

1 Certeramente alude Ferrajoli a un *infraestado* detrás de ese aparente Estado de derecho.

2 Esto se ve reflejado en el contexto nacional por la promulgación en 2009 de la Ley 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y recientemente en 2018 por la incorporación de los llamados delitos de «corrupción entre particulares» en nuestro Código Penal (artículos 287 bis y 287 ter), a través de la Ley 21.121.

3 En este sentido, resulta paradigmático el caso de la empresa de energía Enron, una de las más grandes compañías de Estados Unidos. En 2001 fue descubierta una defraudación en sus estados financieros que arrastraba una deuda de 30.000 millones de dólares, lo que provocó la quiebra más grande en la historia de ese país y afectó a más de 20.000 trabajadores y trabajadoras. Significó, además, la desaparición de la empresa auditora Arthur Andersen, que estaba a cargo de la auditoría de los estados financieros de Enron. En tanto, en nuestro país puede mencionarse el caso La Polar, descubierto en 2010, que consistió en la repactación unilateral de deudas de la cartera de clientes morosos y que —al igual que en el caso Enron— entregaba información falsa al mercado a través de sus estados financieros.

4 Así, por ejemplo, el Índice de Percepción de Corrupción que lleva a cabo Transparency International, disponible en <https://www.transparency.org/en/cpi/2022>.

y «unos pocos casos condenables», lo cierto es que ambas instancias se constituyeron como reacciones ante graves escándalos públicos de corrupción, por lo que son constataciones de la permanente presencia a lo largo de la historia nacional de prácticas corruptas, lo que desmitifica nuestra concepción de ser un país «pobre pero honrado».⁵

Concepto de corrupción

Etimológicamente, *corrupción* proviene del latín *corrumpere*, compuesto a su vez de *com* (juntos) y *rumpere* (romper), lo que daría la idea de una actuación conjunta que produce una alteración o cambio, posiblemente en un sentido negativo (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 23). Sin embargo, a diferencia de su origen, su definición y conceptualización es mucho más compleja. La evolución y actuales acepciones del *Diccionario de la lengua española* dan cuenta de ello: mientras sus dos primeras acepciones consisten en «acción y efecto de corromper o corromperse» y «deterioro de valores, usos o costumbres», una tercera parece ser más atinente a la materia: «En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización indebida o ilícita de las funciones de aquellas en provecho de sus gestores», la cual fue incorporada en la 21.^a edición de 2001, y que se mantuvo sin cambios en la última edición de 2014.⁶

Esta acepción posee varias ventajas para poder acercarnos a una definición más precisa desde el punto de vista jurídico. En primer lugar, se plantea que no es exclusiva, aunque sí *en especial*, del ámbito público. No obstante, la definición con foco en los funcionarios del Estado se refleja en los documentos de organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, y también en las convenciones internacionales contra la corrupción, que si bien no dan un concepto determinado de corrupción, sí explicitan los actos corruptos, con

5 En ese sentido, la crítica revisión desde 1833 hasta nuestros días en Guzmán Dalbora (2022).

6 En la 23.^a edición de 2014 se eliminaron las acepciones de «alteración o vicio en un libro o escrito» y «vicio o abuso introducido en las cosas no materiales», y se agregó «deterioro de valores, usos o costumbres». Se mantuvo la referida a organizaciones, especialmente públicas, y una última, «diarrea, descomposición», que aun reconociéndose actualmente en desuso, confirma su connotación negativa. RAE, *Diccionario de la lengua española*, «Corrupción», disponible en <https://dle.rae.es/corrupción>.

énfasis precisamente en la función pública, como la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), de 1996; la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, de 1997; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), de 2003 (Gilli, 2014).⁷

Con todo, cabe reconocer que la Convención contra la Corrupción de las Naciones Unidas recomienda en su artículo 21 la tipificación de lo que se conoce como «soborno en el sector privado», esto es:

La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.

Igualmente, en su artículo 22 recomienda la tipificación del peculado en el sector privado, consistente en cometer:

Intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se haya confiado a esa persona por razón de su cargo.

Entonces, un concepto jurídico de corrupción no puede circunscribirse al sector público.

Por otro lado, algunos solo consideran plausible hablar de corrupción por parte de privados cuando actúan en la provisión de servicios públicos o como auxiliares de un cometido estatal, como en el caso de abogados y procuradores respecto de la función jurisdiccional (artículos 232 y 209 de la Constitución) o los agentes de aduanas respecto de la función aduanera (artículo 228 de la Ordenanza de Aduanas), dado que se limita el concepto de corrupción a una desviación del interés general. Sin embargo, como veremos en este mismo apartado, también puede haber

⁷ Esta concepción también fue seguida por la Comisión Nacional de Ética Pública sobre Probidad y Prevención de la Corrupción, de 1994, al señalar que la corrupción se daba en aquellos casos en que «un agente público, en el ejercicio de sus funciones que le atribuye la legislación vigente, consigue un beneficio privado (que puede ser monetario o de otra naturaleza)».

desviación de un interés ajeno constitutivo de corrupción (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 93 y 94).

Volviendo a la definición dada por el *Diccionario de la lengua española*, es meritorio que no necesariamente lo condiciona a una ilegalidad, sino que basta con algo *indebido*, pues en efecto en muchos casos una práctica corrupta puede darse en el seno de organizaciones o corporaciones que transgredan sus normas de conducta. Una tercera ventaja es que no lo equipara —como muchas veces suele establecerse— a la entrega de una recompensa o de una dádiva. Desde luego que un soborno es, de manera paradigmática, un acto corrupto; pero es solo uno de ellos, y existen otros tantos que, sin mediar esa entrega, constituyen corrupción.⁸ Los instrumentos internacionales dan cuenta de ello, puesto que, como veremos, la CICC no solo aborda el cohecho, sino además la obtención indebida de beneficios, el aprovechamiento de bienes fiscales, el uso de información reservada y el enriquecimiento ilícito, entre otros. La CNUCC incluso aborda más conductas, como el lavado de activos, la malversación de caudales públicos, el tráfico de influencias y el abuso de funciones públicas. De manera correcta esta acepción no supone necesariamente la presencia de un beneficio económico, sino un simple provecho.

Ahora bien, debemos acercarnos a una conceptualización relevante desde el punto de vista jurídico-penal. Esta afirmación es importante porque como fenómeno recibe legítimas contextualizaciones según la disciplina que se aproxime a ella, sin que necesariamente se refiera, de manera exclusiva, a un ilícito de carácter penal.⁹ Por ejemplo, desde la economía se destacarán los efectos que la corrupción pueda causar en el desarrollo económico de un país o en las consecuencias que puedan derivar para la competencia en el ámbito de las transacciones económicas internacionales. A su vez, desde la criminología se ahondará en las causas de la corrupción como fenómeno delictivo, en la descripción de los criterios con los cuales en una sociedad se define un comportamiento como corrupto, o en la constatación de diferencias culturales asociadas a tal definición (Artaza Varela, 2016: 308).

8 Incluso hoy se tipifica el cohecho como una conducta unilateral, por ejemplo, por el solo hecho de solicitar o exigir algo indebido mientras se ejerce una función pública.

9 Puede considerarse una irregularidad administrativa contraria a la probidad el que un funcionario público destine parte de su jornada laboral a actividades personales, lo que no necesariamente constituye un ilícito penal.

Entonces, para aproximarnos a un concepto jurídicamente relevante de *corrupción*, y siguiendo lo dicho a propósito de la definición del *Diccionario de la lengua española*, no es posible restringirla en exclusiva al ámbito público, habida cuenta de la tipificación de conductas en el sector privado. A nivel interno, esto queda demostrado por encontrarse ahora, en el título 6 del Libro Segundo de nuestro Código Penal, «De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares», un párrafo 7 bis denominado «De la corrupción entre particulares».¹⁰ De ahí que incluso se han clasificado numerosas tipologías de corrupción según intervengan funcionarios públicos, autoridades o particulares.¹¹ No deja de ser llamativo, sin embargo, que en los instrumentos internacionales —si bien, como señalamos, no hay una definición precisa de la corrupción— el énfasis viene dado marcadamente por su implicancia en el sector público,¹² cuestión que también se refleja en la conceptualización de la corrupción como el «uso incorrecto del poder público para obtener beneficios privados» (Rose-Ackerman y Palifka, 2016: 32; traducción libre). La excepción, como vimos, viene dada por los artículos 21 y 22 de la CNUCC de 2003.

¹⁰ Párrafo introducido, junto con los artículos 287 bis y 287 ter, por la Ley 21.121 de 2018.

¹¹ Véase la sección «Clasificación de la corrupción».

¹² A modo de ejemplo, y sin perjuicio de que volveremos sobre ello en la sección «Convención Interamericana contra la Corrupción», podemos destacar la Convención Interamericana, que identifica las clases de comportamientos que deben ser catalogados como «actos de corrupción» en su artículo 6.1: «a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b) el ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c) la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; d) el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e) la participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo».

Por otra parte, debe tenerse presente lo dicho a propósito de una de las acepciones del *Diccionario*, en cuanto a que la corrupción no necesariamente se trata de sobornos, ni por necesidad implica un beneficio de carácter económico,¹³ aunque sí, ahora, debe tratarse de una ilicitud, alejada de cualquier connotación moral. Entonces, encontramos como otro elemento que en la corrupción existe el interés de obtener un beneficio de una manera *ilegítima*. Y decimos que radica en el interés de la obtención porque una actividad, para que sea corrupta, no debe necesariamente condicionarse a la efectiva obtención de ese beneficio.¹⁴

Aunque de normal ocurrencia las prácticas corruptas vinculan a dos o más personas, no se trata de un elemento estructural, como muy bien se demuestra con la situación de aquel funcionario que de manera solitaria se apropia de recursos públicos bajo su propia gestión (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 31).¹⁵ Pero sí es necesario que la persona detente alguna competencia de decisión, no necesariamente a nivel de autoridad, pero sí al menos en que, dentro de una organización, y teniendo una determinada responsabilidad, pueda tomar decisiones que se vean afectadas por la búsqueda de beneficios indebidos, incumpliendo deberes que conllevan esa posición.

Encontramos entonces un nuevo elemento distintivo, el abuso, que implica el hacer prevalecer el interés personal por sobre el general. Así se recoge en nuestra legislación, al disponerse que «el principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, *con preeminencia del interés general sobre el particular*» (Ley 18.575, artículo 51). Pero también el abuso puede consistir en prevalecer el interés personal por sobre un interés ajeno, en circunstancias que deba prevalecer este último. Así también se recoge en nuestra legislación al tipificarse el delito de administración fraudulenta, cuando se dispone que se comete

13 Como correctamente se precisó en diversos tipos penales incorporados por la Ley 21.121 de 2018 y que veremos más adelante. Ya con anterioridad y en el mismo sentido, Garzón Valdés (1996).

14 Por ello no es del todo acertado entenderla como «la obtención de cualquier tipo de beneficio, no solo económico, aunque fundamentalmente económico de manera ilegal y aprovechando una posición de poder» (Carbonell, 2013: 4).

15 En contra, Artaza Varela (2016: 317), quien señala que, desde la perspectiva relacional, «queda claro que el acto de corrupción requiere tanto de quien otorga una ventaja ilícita, como de aquel que actúa en razón de la misma».

este delito en aquellos casos en que, teniendo una persona a su cargo la salvaguardia o gestión del patrimonio de otra persona, le irroga perjuicio, «sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado» (artículo 470, numeral 11 del Código Penal).

Entonces, con todo lo analizado, y evitando dejar fuera del alcance prácticas corruptas legalmente tipificadas, podemos definir la corrupción como «el abuso de una posición decisional que tiene por finalidad la obtención de un beneficio ilícito».

Clasificación de la corrupción

La complejidad de un consenso sobre el concepto de corrupción da luces sobre la diversidad de criterios para poder establecer clasificaciones de este fenómeno. Si bien son extensos los criterios de clasificación, solo a modo ilustrativo nos referiremos a las principales clasificaciones que dan cuenta de sus niveles de magnitud y alcance, en coherencia con la definición a la que hemos arribado.

La primera clasificación precisamente se refiere a su alcance y extensión. Puede encontrarse en primer lugar una *corrupción genérica*, esto es, en la que existe una verdadera ramificación de las prácticas corruptas, y que en los casos más extremos atraviesa toda la estructura de un Estado y la sociedad, poniendo en juego la real existencia de un Estado de derecho;¹⁶ pero que también puede darse a un nivel más reducido, afectando a subsistemas o instituciones específicas, como un servicio público.

Junto a ella encontramos la llamada *corrupción específica*, en que las prácticas corruptas se dan más bien de manera aislada, sin una gran estructura organizacional, pero que no obstante pueden involucrar a varios individuos.¹⁷ Desde luego, el tipo de corrupción de que se trate marcará las estrategias institucionales y normativas que deban implementarse.

Una segunda clasificación refiere al ámbito donde puede darse, con lo que se establece entonces la *corrupción pública* y la *corrupción priva-*

16 Lo que, como dijimos, según Ferrajoli (1996), corresponde a un *infraestado*.

17 Esta clasificación de corrupción genérica y específica es expuesta en Mikkelsen-Loth (2001). Otros en cambio proponen hasta tres niveles de distinción, distinguiendo entre corrupción *sistémica*, *subsistémica* y *dispersa*. Véase Godoy Arcaya (1996: 18).

da. Tradicionalmente ha sido la primera la que ha concitado más interés, lo que es entendible dada la connotación social que produce la desviación de la función pública. Dentro de ella, podemos encontrar la *corrupción política* y la *corrupción administrativa*. Así, en la corrupción política intervienen personas que ejercen un cargo de elección popular o que genera responsabilidad de esa índole, en tanto que la administrativa —llamada también *burocrática*— consiste en un traspaso indebido de recursos desde un fin legítimo a otro ajeno a las finalidades del servicio público. A su vez, es posible que una misma práctica corrupta pueda tener ambos caracteres (Rodríguez Collao, 2004: 350).

Pero la corrupción también puede darse en el ámbito privado. La tendencia es que cada vez se reconocen más espacios del ámbito privado donde pueden generarse prácticas corruptas. Desde luego, ya el fenómeno de la privatización de empresas públicas en varios países —Chile incluido— abrió importantes espacios de corrupción, sin perjuicio de graves casos que se desarrollaron en el mismo proceso de privatización.¹⁸

En la actualidad es posible encontrar diversos ámbitos en que las infracciones a las reglas del juego constituyen prácticas corruptas, como en materia de libre competencia, relaciones societarias, ámbitos educacionales o incluso en competencias deportivas. La reciente incorporación en 2018 en Chile de los delitos de negociación incompatible de directores, corrupción entre particulares y administración desleal es una muestra de ello.¹⁹ Incluso se ha llegado a cuestionar que la corrupción pública sea necesariamente más grave que la privada, pues en ambas situaciones estaríamos frente a *casos de venta* de aquello que nuestra sociedad considera que no puede ser puesto legítimamente en venta, toda vez que la corrupción como forma de agresión se caracterizaría por consistir en un abuso de un poder decisorio transferido; por tanto, en el ámbito de la corrupción pública efectivamente el sobornado termina actuando en contra de los intereses de quien debe representar, es decir, el Estado, y para el caso de la corrupción entre particulares, el sobornado termina actuando en contra de los intereses del agente u organización que representa (Boles, 2014). Por ejemplo, en el Reino Unido se criminaliza la corrupción en forma genérica, sin diferenciar si esta se lleva a cabo en el

18 Una referencia al proceso privatizador chileno en Mönckeberg (2001).

19 Artículo 240 numeral 7, artículo 287, artículo 287 ter y artículo 470 numeral 11 del Código Penal.

ámbito público o privado, otorgando criterios relativos a los casos que debieran ser considerados de relevancia penal, entre ellos, el incumplimiento de alguna «expectativa relevante» (Artaza Varela, 2019: 6).

Ahora bien, muchas veces la corrupción se produce en el contexto de la vinculación del poder político y económico, y de ahí entonces que pueden darse distintas hipótesis de participación e interacción de funcionarios públicos de distintos niveles y particulares. Por ello, se ha señalado que es posible considerar hasta seis hipótesis distintas según quienes intervienen en las prácticas corruptas: i) solo funcionarios; ii) solo jefaturas; iii) funcionarios y jefaturas; iv) usuarios y funcionarios; v) usuarios y jefaturas; y vi) usuarios, funcionarios y jefaturas.²⁰

Finalmente, y en consideración a nuestro próximo objeto de estudio referido a delitos vinculados a la corrupción, esta se puede clasificar según si encuentra tipificación penal o no. Así tenemos, en primer lugar, la *corrupción criminalizada*, que comprende prácticas como el cohecho, las exacciones ilegales, el enriquecimiento ilícito, la malversación de caudales públicos y el fraude al fisco. Pero también es posible encontrar una *corrupción no criminalizada*, pese a su incuestionable reproche social, como el lobby indebido, la creación de sociedades pantalla o prácticas corruptas a propósito de procesos de privatización (Lascoumes, 2000: 37-41).

Principales características de la corrupción

Es posible encontrar diversas características, tanto de la corrupción propiamente tal como de las prácticas corruptas en particular. Para efectos didácticos, mencionaremos las principales que en la actualidad encontramos en la corrupción:

- **Generalización:** Se trata de un fenómeno presente en todos los países, lo que se demuestra por los distintos instrumentos internacionales con amplia ratificación y las legislaciones internas de cada Estado y que, con mayor o menor éxito, abordan estrategias normativas para prevenirla, detectarla y sancionarla.
- **Heterogenización:** Tal como hemos analizado a propósito de los elementos necesarios para su definición y los criterios para su cla-

²⁰ Patricio Orellana, «Corrupción y probidad: Problema y soluciones», Probidad en Chile, 2002, disponible en <https://bit.ly/42cXKsj>.



sificación, la corrupción se manifiesta a través de distintas modalidades, en distintos ámbitos y por distintos agentes.

- **Transversalización:** La corrupción atraviesa todo el entramado social, desde las más altas esferas de poder político y económico, hasta las capas sociales más vulnerables.
- **Transnacionalización:** Dada la globalización y la sofisticación del crimen organizado, las prácticas corruptas no reconocen limitaciones fronterizas. Esto se extiende tanto a las estrategias normativas para combatirla (piénsese en la tipificación del cohecho a un funcionario público extranjero), como a los efectos que sus actos pueden generar.

Factores que favorecen la corrupción

La importancia de los factores que facilitan el surgimiento, la permanencia o el incremento de las prácticas corruptas resulta fundamental, toda vez que de este diagnóstico depende la idoneidad de las estrategias que se adopten para su prevención y detección. En términos muy generales, es posible resumir que la corrupción se genera y propicia por la concurrencia de dos elementos estructurales y la escasez o ausencia de un tercer elemento. Así, propenden a la generación de prácticas corruptas: i) el gran poder en la toma de decisiones de un agente y ii) un alto grado de discrecionalidad en ese ámbito decisional, acompañados de iii) una escasa transparencia en el ejercicio de esas decisiones (Klitgaard, 1994: 26). Pero debemos ahondar qué factores específicamente permiten el desarrollo de estos elementos estructurales. Si bien existen numerosos estudios que desglosan las variables asociadas a la generación de la corrupción,²¹ por razones esquemáticas, agruparemos los factores favorecedores de la corrupción en cinco ámbitos.²²

²¹ Por ejemplo, Castañeda Rodríguez (2016) presenta un detallado estudio que revisa y analiza las variables de acuerdo a las categorías: endógenas, socioeconómicas, políticas e institucionales, socioculturales y demográficas.

²² Esta agrupación pentapartita se encuentra en Orrego (1999: 101-122). Con todo, algunas precisiones del contenido de cada ámbito pertenecen a otras fuentes, con la correspondiente cita, o bien a aportes propios del autor.



Factores sociopolíticos

La configuración del sistema político de un país tiene una gran implicancia en el fomento o la evitación de la corrupción. Desde luego, en el régimen político favorecen la corrupción la posibilidad de reelección inmediata y a veces indefinida de las autoridades, los tiempos excesivamente prolongados de cada período electoral y la falta de alternancia en el poder, pues todos ellos permiten el abuso de poder por parte de quien lo detenta. Aquí cobra especial relevancia el *clientelismo político*, en virtud del cual la provisión de cargos públicos en la Administración se rige más bien por la afinidad política de las personas que por sus méritos y capacidades, en el que suelen jugar un rol preponderante el o los partidos políticos de gobierno. Lo anterior se relaciona, además, con un sistema de financiamiento de los partidos políticos poco transparente o que permite los aportes privados de una manera relevante, toda vez que lógicamente se producen incentivos perversos desde los aportantes que solo favorece la intromisión del poder económico en el poder político.²³ Finalmente, un sistema político opaco, no solo en su financiamiento, sino en su funcionamiento, permite la generación y la mantención de prácticas corruptas más sofisticadas y a gran escala. Esa opacidad se presenta, por ejemplo, por la ausencia de adecuados mecanismos de acceso a la información por parte de la ciudadanía (Mulgan, 2000) o de medios de comunicación independientes.

Factores institucionales

La existencia de importantes pero débiles instituciones a cargo de la fiscalización, persecución y sanción de la corrupción tiene directa incidencia en la expansión de este fenómeno (O'Donnell, 1998). Desde luego, un Poder Judicial y un Ministerio Público politizados, con falta de suficiente independencia respecto del poder político, son incapaces de cumplir de manera adecuada con la persecución y sanción de la corrupción, habida cuenta de alojar prácticas corruptas en sus propias organizaciones.

²³ Ejemplo paradigmático fue lo ocurrido en Chile a raíz del denominado «financiamiento irregular de la política», que llevó a la modificación del sistema de financiamiento de los partidos políticos mediante la Ley 20.900 y la Ley 20.915 en 2016, lo que no obstante mantuvo la posibilidad de los aportes privados, aunque con topes máximos.

En igual sentido, también es un factor relevante la debilidad que puede encontrarse en los poderes legislativos, en especial cuando tienen competencia para fiscalizar los actos de gobierno —como los servicios y agencias públicas que tienen por finalidad el control de la probidad y la ejecución presupuestaria—, pues no solo favorecen la corrupción si no gozan de la suficiente independencia, sino que además pueden tener importantes carencias de recursos humanos, presupuesto y apoyo en tecnologías de la información que permitan procedimientos eficientes y expeditos de fiscalización y sanción.

Por otra parte, es posible destacar que en el diseño institucional se favorece la corrupción cuando se opta por la descentralización institucional que no vaya a la par de suficiente capacidad de control, sobre todo si a ello se suma la consagración de altos grados de discrecionalidad por quienes forman parte de la Administración pública, más aún si se basan en decisiones unipersonales.

Por último, bajos niveles remuneracionales para el sector público generan incentivos perversos para la realización de prácticas corruptas vinculadas a apropiación de fondos públicos o sobornos.²⁴

Factores económicos

Desde esta mirada, varios son los niveles que pueden destacarse. A nivel macro, desde luego el desarrollo de la globalización ha permitido también la sofisticación de prácticas corruptas inter y transnacionales, lo que dificulta enormemente las posibilidades de detección y persecución. En ese sentido, también la instalación de grandes empresas de países desarrollados en economías y países con estructuras institucionales débiles permite la generación de prácticas corruptas a través de beneficios indebidos desde el sector privado al sector público, a cambio de regalías, obtención fraudulenta de licitaciones para contratos de construcción y

24 Si bien gozó de amplia popularidad, puede sostenerse en este sentido una mirada crítica de la reforma constitucional efectuada en Chile en 2020 (Ley 21.233), que rebajó las remuneraciones del presidente o presidenta de la República, parlamentarias y parlamentarios, gobernadores y gobernadoras regionales, funcionarios y funcionarias de exclusiva confianza del jefe del Estado y aquellas personas contratadas sobre la base de honorarios que asesoren directamente a las autoridades de gobierno.

concesión, la obtención expedita de permisos administrativos o la evitación de fiscalizaciones y sanciones.²⁵

Por otra parte, y como señalamos arriba, el fenómeno de la privatización de empresas públicas en varios países —incluido el nuestro— ha permitido importantes espacios de prácticas corruptas.

Junto con lo anterior, no es posible desconocer el desarrollo del crimen organizado vinculado al tráfico de drogas, tráfico de armas, trata de personas y otros que constituyen verdaderos mercados desregulados, los que generan grandes recursos que a su vez llevan al desarrollo de esquemas más sofisticados de lavado de activos.

Pero también a un nivel más micro dentro de la economía encontramos otros factores. Desde luego, bajas remuneraciones en el sector público, más aún si en la práctica presentan grandes diferencias con el sector privado, incentivan la penetración mediante prácticas corruptas del poder económico en el sector público. Esto se intensifica si se presenta en agencias gubernamentales fiscalizadoras o recaudadoras. Así, si en dichos ámbitos en un país determinado existe dificultad para el entendimiento y la comprensión de las regulaciones, opacidad de procedimientos administrativos, estrecho y permanente contacto de funcionarios y particulares, y bajas rentas de los primeros en comparación con los segundos, se genera un escenario propicio para el desarrollo de prácticas corruptas.

Factores culturales

También diversos, y a distintos niveles, son los factores culturales que favorecen la corrupción. Desde luego, en el espectro más amplio, de acuerdo a lo imperante actualmente en la cultura occidental, afecta la prevención de la corrupción la existencia de una cultura que presiona hacia el rápido éxito material, lo que lleva a disminuir la consideración de la legitimidad de los medios en desmedro del resultado obtenido, aun si dichos medios son ostensiblemente actos corruptos. Incluso, es posi-

²⁵ Eso explica la Convención para Combatir el Cohecho a Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que fue incorporada en nuestra legislación en 2001 e introdujo el delito de cohecho a funcionario público extranjero. Véase la sección «Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales».



ble encontrar en nuestra sociedad valoraciones positivas en este sentido, donde puede llegar a otorgar prestigio, por ejemplo, el «encontrarse próximo a las autoridades» (Cury Urzúa, 1996: 99). Así, es posible presenciar en nuestra sociedad no solo la falta de pudor, sino derechamente sentimientos de satisfacción en quienes aprovechan situaciones como las descritas para obtener un beneficio para sí o para un cercano.

Otro factor relevante se relaciona con la poca valorización de la función pública, en muchos casos vinculada a una falta de consideración de su importancia para la obtención de beneficios generales en oposición a ventajas individuales. Esto se transforma en un círculo vicioso si encontramos en relación con esta subvaloración bajas remuneraciones, lo que genera escasos incentivos para el ingreso a la Administración pública de personas con altas capacidades técnicas y éticas. Si a ello se suma la tolerancia al clientelismo político, prácticamente es posible encontrar espacios donde se abandona la función pública a merced de intereses individuales. Junto con lo anterior, también es posible observar en instituciones tanto públicas como privadas un bajo compromiso de las personas que cumplen roles directivos frente a la corrupción, lo que produce en consecuencia un efecto cascada hacia el resto de la organización en cuanto a un débil compromiso ético. Si, en cambio, se muestra desde la alta dirección un sincero compromiso con la probidad y la ética, ese mensaje será percibido exitosamente por todos los integrantes de la organización («the tone at the top») (Treviño, Hartman y Brown, 2000).

Finalmente, es importante considerar lo nocivo que pueden ser ciertas culturas organizacionales, tanto en servicios públicos como en empresas. Entre ellas, muchas veces suele malinterpretarse una relación jerárquica como una lealtad mal entendida, lo que favorece la justificación de la corrupción o simplemente la inacción frente a la posibilidad de alertar sobre su aparición (Detert y Treviño, 2010).

Factores normativos

Un sistema normativo robusto frente a la corrupción pasa necesariamente por utilizar el *ius puniendi* estatal en toda su extensión, lo que implica recurrir no solo al derecho penal, sino de preferencia al derecho administrativo sancionador, mediante procedimientos eficientes y expeditos, con múltiples canales de denuncia y adecuada protección de

los denunciantes. Sin embargo, suele caerse en la tentación de recurrir a la tipificación penal a fin de exhibir una respuesta dura y enérgica frente al delito, con penas tan altas que llegan a ser desproporcionadas. No obstante, sabido es que penas tan altas en materia penal no logran ser efectivos disuasivos si a la vez son muy pocos los casos que se detectan y, una vez detectados, deben sortear procesos excesivamente burocráticos y los porcentajes de condena son bajos, con lo que la denominada respuesta penal disuasiva tiene nulo efecto.²⁶ Así, permanece la creencia de un país de responder fuertemente ante las prácticas corruptas, en circunstancias que solo tienen graves conminaciones abstractas que nada logran disuadir en la práctica.

Por otra parte, aun cuando se diseñara de manera adecuada una respuesta normativa tanto penal como administrativa, esta debe ser transparente, sencilla y eficiente, puesto que el exceso de regulaciones también puede provocar corrupción, ya que la generación de complejos sistemas normativos vuelve ineficiente el funcionamiento del Estado, aumenta la opacidad y obstaculiza las posibilidades de control y fiscalización (Dahlström y Lapuente, 2018).

Por último, las legislaciones suelen ir varios pasos más atrás en lo referente a la tipología de las prácticas corruptas, sobre todo aquellas que se generan en el sector privado,²⁷ y en especial en aquellos ámbitos en que privados asumen funciones públicas, sin que quede claro el estatuto aplicable a menos que la propia ley lo señale, lo que es excepcional.²⁸

26 En extenso sobre este tema, no solo referido a delitos sobre corrupción, véase Kleimann (2010).

27 Paradigmática es la tardía incorporación en nuestro país de los delitos de administración desleal y corrupción entre particulares mediante la Ley 21.121 en 2018.

28 En ese sentido, es destacable el caso en que la Ley 20.393, que Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, al señalar, a propósito de las certificadoras de los modelos de prevención de delitos, que «se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal» (artículo 4, numeral 4 letra c). En un sentido similar, pero no tan aclaratoria como la anterior, la Ley 20.032, que Regula el Régimen de Aportes Financieros del Estado a los Colaboradores Acreditados, señala: «Responsabilidad en el ejercicio del rol público que desarrollan. Las personas jurídicas que se desempeñen como organismos colaboradores del Estado serán civilmente responsables por los daños, judicialmente determinados, que se hayan ocasionado a raíz de vulneraciones graves de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes causados tanto por hechos propios como de sus dependientes, salvo que pruebe

Efectos de la corrupción

Es escasa la evidencia —y, por lo demás, con una focalización fuera de lugar, como la eficiencia empresarial o las rentas de organizaciones privadas— que defiende los efectos positivos de la corrupción. Por ejemplo, un grupo de académicos en la década de 1960 afirmó que la corrupción era el «aceite que lubrica» los engranajes del Estado y de la economía. Específicamente, y de acuerdo a Nathaniel Leff, en países con mucha regulación ineficaz, la corrupción serviría para eliminarla (Leff, 1964). Otros académicos importantes que en dicha década postularon efectos beneficiosos en la corrupción son Samuel Huntington y Colin Leys. Más recientemente, Chiung-Ju Huang, de la Universidad Feng Chia de Taiwán, publicó un estudio donde afirma no encontrar evidencia de que la corrupción afecte el crecimiento económico en Asia y el Pacífico (Huang, 2016). Respecto de América Latina, cabe destacar el estudio del italiano Luciano Ciravegna, del King's College de Londres, quien junto a otros tres investigadores midió el desempeño y la capacidad de internacionalización de las empresas en economías consideradas como emergentes, con altos riesgos políticos y una alta percepción de corrupción; así, al realizar las pruebas estadísticas con datos de 536 empresas de Brasil, Argentina, Perú y Chile, concluyeron que «la corrupción tiene un impacto positivo en el desempeño» de las empresas de estos países (Cuervo-Cazurra y otros, 2018).²⁹

Sin embargo, es abundante la evidencia que demuestra cómo la corrupción deforma las estructuras organizacionales públicas y privadas, violenta los derechos humanos, entorpece el desarrollo de los pueblos, desestabiliza la integridad de los sistemas económicos y políticos y destruye la confianza pública en las instituciones de gobierno (Elliot, 2001; Malem Seña, 2002). En efecto, en el ámbito político, la existencia de la corrupción, especialmente cuando es generalizada, socava la legitimidad de las autoridades y del gobierno, pues se los percibe motivados por intereses personales y económicos que se contraponen al interés general

haber empleado esmerada diligencia para evitarlas. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad civil que por los mismos hechos pueda corresponderle a la persona natural que ejecutó los hechos» (artículo 2, numeral 6).

²⁹ Según los autores, en los países donde hay más corrupción el lucro doméstico de las empresas, tomando en cuenta las ganancias y activos en los propios países, tiende a ser mayor. En un sentido similar, Huber (2009).

y el bien común, y este efecto es transversal a todos los países independiente de su grado de desarrollo e industrialización.

Adicional al debilitamiento de la legitimidad de la gobernanza, pueden agregarse factores como la distorsión de la representatividad por afectarse el sistema electoral y el financiamiento de las campañas políticas, lo que lleva, a través del financiamiento fraudulento por parte de empresas, a que la ciudadanía indirectamente termine favoreciendo a determinados candidaturas sin su conocimiento (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 59).

Pero donde puede afectar más profundamente es en la relación del poder político con el económico. Desde luego, el paradigma lo constituye la distorsión en la asignación de recursos cuando se produce en el sistema de compras públicas, lo que afecta la igualdad entre oferentes en procesos licitatorios. Esto puede ser aún más grave en contrataciones vinculadas a temas sensibles y a la vez con grandes presupuestos comprometidos, como en materia de salud o la construcción de obras públicas, lo que se reflejó en el caso de la constructora Odebrecht en varios países de la región. También habría que incluir aquí el ámbito tributario, no tanto por su normal ocurrencia,³⁰ sino porque una vez más sus efectos se traducen en una distorsión en la asignación de recursos al obtenerse menores montos de recaudación. Desde una mirada sociopolítica también se pueden generar incentivos perversos, pues la Administración, sea formal o informalmente, puede establecer mayores trabas burocráticas para la ejecución de proyectos y actividades a fin de crear oportunidades de sobornos que permitan liberar a personas y empresas de dichas restricciones.

Los efectos en el ámbito político llevan fácilmente a concluir la consecuencia más devastadora en el plano económico, consistente en la distorsión que produce en la asignación de beneficios económicos, lo que genera una distribución menos equitativa de los ingresos. Así, teniendo presente la relación entre el poder económico y el poder político, quienes tienen mayores ingresos cuentan con mayor *poder corruptor*, con lo que obtienen para sí ventajas indebidas en perjuicio del resto de la ciu-

30 En Chile, el denominado «financiamiento irregular de la política», con múltiples aristas y causas judiciales, comenzó con la investigación sobre un caso puntual de corrupción entre funcionarios del Servicio de Impuestos Internos y altos directivos del grupo de empresas Penta, en relación con el Fondo de Utilidades Tributarias.

dadanía. De hecho, se ha estimado que entre el 10% y el 25% del valor de las compras públicas se pierde por la corrupción (ABD, 2018).³¹ También lleva a que las prestaciones sociales puedan estar mal focalizadas o proveerse por debajo de los estándares mínimos de calidad. Esto hace que la corrupción genere efectos más graves en países en vías de desarrollo con alta desigualdad social.

Los efectos de la corrupción también pueden ser vistos desde otros enfoques. Por ejemplo, resulta interesante destacar que, partiendo de la premisa de que la corrupción afecta con mayor gravedad a países, comunidades y grupos más vulnerables, se ha llegado a establecer que este fenómeno perjudica más a las mujeres, ya que en los casos en que ellas siguen siendo las principales cuidadoras de la familia, suelen exponerse más a la corrupción cuando acceden a servicios públicos como salud, educación, agua e higiene, al ser forzadas a pagar sobornos por acceder a bienes básicos, lo que puede significar un alto porcentaje de sus ingresos comparados con los de los hombres y refuerza además el círculo vicioso de la pobreza. También existe evidencia de que la explotación del cuerpo para fines sexuales o de otro tipo puede utilizarse como moneda de cambio en la corrupción, y son las mujeres quienes se encuentran más expuestas a dicha explotación.³²

Al ser la corrupción un fenómeno que afecta con mayor gravedad a grupos vulnerables, sus efectos son palmarios desde el punto de vista de los derechos humanos, pues implica una grave alteración de los procesos que garantizan el acceso igualitario a servicios sociales (Asúa Batarrita, 1997). Debido a lo anterior, a continuación profundizaremos brevemente en la postura de la Corte Interamericana de Derechos Hu-

31 Incluso, está demostrado que cuando los indicadores señalan mayores niveles de corrupción, ello se traduce en una mayor prima de riesgo en los mercados de deuda, existiendo una fuerte correlación inversa entre las calificaciones emitidas por las tres principales agencias de calificación y los principales indicadores de corrupción: los países con peores indicadores tienen una calificación de mayor riesgo soberano (Araki y Panizza, 2019).

32 Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, «Corrupción y género», 2019, disponible en <https://bit.ly/3MM5yfy>. En Chile, se destaca el trabajo de Constanza Toro Justiniano, quien si bien analiza los efectos diferenciados de la corrupción en hombres y mujeres, cuestiona aquellas conclusiones referidas a que la participación política de las mujeres reduciría los niveles de corrupción, fundadas en que serían menos susceptibles de incurrir en este tipo de irregularidades. Véase Toro Justiniano (2009).



manos sobre los efectos de la corrupción en el ámbito de los derechos humanos.

Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con los efectos de la corrupción

En cuanto a la relación entre corrupción y derechos humanos, debe tenerse presente, en primer lugar, que la corrupción en sí lesiona los principios básicos de una democracia de igualdad de oportunidades para los ciudadanos, pues lleva a que solo accedan indebidamente a derechos quienes pueden pagar por ellos. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, cuando la corrupción llega a extremos de debilitamiento institucional, conlleva a la consolidación de la impunidad. Cuando ello ocurre, las garantías del derecho desaparecen por completo, los derechos se relativizan, desnaturalizando por completo el Estado de derecho, y el espacio de denuncia de la sociedad civil se reduce a una expresión mínima cuando los contrapesos establecidos en las constituciones para garantizar los derechos a las y los ciudadanos —y que sirven de límite fundamental a uno o todos los poderes del Estado— dejan de ser efectivos jurídicamente y dejan de ser también instrumentos válidos para detener la corrupción, o las violaciones de derechos humanos o desastres ambientales (Tablante y Morales Antoniazzi, 2018: 14). De ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los efectos de la corrupción, al señalar:

Al respecto, este Tribunal destaca las consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de las autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables.

Además, la corrupción no solo afecta a los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que «se resquebraja la confianza de la población en el gobierno, y con el tiempo, en el orden democrático y el estado de derecho».

En este sentido, la Convención Interamericana contra la Corrupción establece en su preámbulo que «la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por



su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio».³³

No deja de ser sintomática la creciente jurisprudencia que ha desarrollado la Corte en los últimos años sobre la materia, y que se ha pronunciado no solo sobre los efectos mismos de la corrupción, sino también sobre los riesgos que la propia lucha contra la corrupción puede generar. Así, ha señalado:

Si bien el principio de igualdad requiere que el tiempo razonable del proceso y de la consiguiente limitación de derechos en función de medidas cautelares sean de pareja exigencia por parte de cualquier persona, deben cuidarse especialmente los casos que involucran a funcionarios públicos. La sana lucha contra la corrupción y la deseable persecución de los delitos contra la Administración pública, no es admisible que se perviertan desviándose en un recurso lesivo a la democracia, mediante el sometimiento a una indefinida situación procesal incierta a personas políticamente activas, con el resultado de excluirlas de la lucha política democrática. El propio objetivo de combatir la corrupción, ante situaciones susceptibles de convertir el celo por la transparencia en el manejo de la cosa pública en un instrumento antidemocrático, exige que se extreme el cuidado e inclusive se abrevie el término que usualmente se considera tiempo razonable del proceso, en defensa de la salud democrática de todo Estado de derecho.³⁴

Esta creciente preocupación, correlativa con la situación en América Latina, también ha sido abordada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que en 2018, a través de una resolución que constituye la primera aproximación integral de la Comisión sobre el tema, destacó como pilares fundamentales contra la corrupción tres elementos: i) la independencia, imparcialidad, autonomía y capacidad de los sistemas de justicia para detectar y perseguir la corrupción; ii) la transparencia, el acceso a la información y la libertad de expresión; y iii) la coopera-

33 Sentencia del caso *Ramírez Escobar y otros con Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C número 351, 9 de marzo de 2018, considerando 241.

34 Sentencia del caso *Andrade Salmón con Bolivia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C número 3.301, fondo, reparaciones y costas, 1 de diciembre de 2016, considerando 179. Una interesante compilación de jurisprudencia, incluyendo los fallos recién citados, se encuentra en Corte IDH (2021).

ción internacional, incluyendo la asistencia técnica para que los Estados estén en mejores condiciones de poder prevenir y combatir eficazmente la corrupción. Sin embargo, en lo que nos interesa, destaca los efectos que genera la corrupción, al reafirmar la importancia que tiene la lucha contra la corrupción para garantizar el goce efectivo de los derechos humanos, en especial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, cuya efectividad depende de políticas y presupuesto públicos. Para ello destaca lo señalado en una resolución inmediatamente anterior, referida a Guatemala, pero extensiva a toda la región:

En su seguimiento a la situación de derechos humanos en el país, la Comisión observó las consecuencias de la corrupción, que afecta no solo la legitimidad de sus gobernantes y los derechos de las personas gobernadas, sino en forma profunda al erario nacional, de por sí insuficiente para satisfacer los requerimientos de la ciudadanía en materia de alimentación, salud, trabajo, educación, vida digna y justicia. De igual modo, señaló que la corrupción, junto con la impunidad, el crimen organizado, la intolerancia y la violencia política, así como la exclusión social de diversos sectores, representan un serio peligro de retroceso en la vigencia efectiva del Estado de derecho y restringen el pleno goce de los derechos humanos que la Convención Americana reconoce a toda persona. Las consecuencias son particularmente graves para las personas, grupos y colectividades históricamente excluidas, en especial para quienes viven en situación de pobreza y pobreza extrema en el país.³⁵

Lo anterior llevó a que en 2019 la Comisión emitiera finalmente un documento con los estándares internacionales sobre la materia, que abordó las estrategias para enfrentar el fenómeno, las obligaciones de los Estados parte y el fortalecimiento de la institucionalidad pública, en particular en la Administración de Justicia y los sistemas electorales. Sin embargo, y en lo que a este capítulo atañe, también aborda los efectos de la corrupción al destacar:

Dada la naturaleza estructural del fenómeno de la corrupción en la región, la Comisión considera que sus impactos son profundos y diferenciados. Por un lado, los actos de corrupción pueden configurar violacio-

35 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/18, «Corrupción y derechos humanos», aprobada en Bogotá, Colombia, en el marco de su 167.º período de sesiones, el 2 de marzo de 2018.



nes de derechos humanos; y por otro lado, las distintas manifestaciones del fenómeno de la corrupción pueden afectar el goce y ejercicio de los derechos humanos (CIDH, 2019: 59).

Estrategias contra la corrupción

Antes de revisar las estrategias en particular, debemos tener presentes algunas consideraciones generales. En primer lugar, cualquier estrategia que se adopte, o incluso la aplicación simultánea de todas, en ningún caso podría lograr acabar con todas las prácticas corruptas. Sin embargo, sí deben aspirar a permitir en términos generales el acceso igualitario a los derechos de las personas a través del normal funcionamiento de la institucionalidad y la función pública, y la vez poder detectar y sancionar los casos en que efectivamente se desarrolle el fenómeno de la corrupción. Surge así una segunda consideración, consistente en abordar estrategias orientadas no solo a la detección y sanción, sino también a la prevención, siendo esto último más relevante incluso que lo primero. Pero para ello, y como tercera consideración, dichas estrategias requieren abordajes multifactoriales, en consonancia con lo visto a propósito de las condicionantes que favorecen el fenómeno, lo que demanda una gran coordinación intersectorial, en una relación de colaboración público-privada, y también a nivel interinstitucional, aun dentro del propio sector público. Como cuarta consideración, encontramos que dichas estrategias requieren ser diseñadas de manera adecuada, implementadas en profundidad, probablemente con mayor tiempo del deseado, y siempre aplicadas y monitoreadas, lo que se opone a lo constatado empíricamente, en que muchas de dichas estrategias suelen implementarse de manera inmediata y reactiva dada la contingencia generada por públicos y graves escándalos de corrupción. Por último, salvo contadas excepciones, toda estrategia solo puede obtener resultados, aunque sean escasos, en el largo plazo; esto dista muchas veces de las necesidades inmediatas que demanda el conocimiento de dichos casos de escándalo público, los que, al ser abordados demagógicamente, prescinden de tan largo camino, optándose en cambio por medidas más efectistas que no llegan a tener un impacto relevante en la lucha contra la corrupción. Sin embargo, la dificultad que conlleva considerar todos estos factores no puede en caso alguno inhibir la necesidad de conocer, implementar, apoyar y cumplir con dichas estrategias.

Ahora bien, para una aproximación más en detalle, naturalmente las estrategias contra la corrupción deben ser coherentes con lo que hemos determinado antes a propósito de los factores que favorecen la corrupción, razón por la cual seguiremos el mismo orden.

Así, en el ámbito sociopolítico, lo primero es señalar la relación simbiótica entre democracia y corrupción. Ya hemos visto los graves efectos que la corrupción genera en el sistema democrático. Sin embargo, en un sentido inverso, la profundización y calidad de los sistemas democráticos son vitales para prevenir y detectar espacios de corrupción. En efecto, un sistema político debe configurarse sobre la base de un régimen que evite la prolongación excesiva del ejercicio de cargos públicos, y así, en aquellos de elección popular, evitar excesivas reelecciones o extensos períodos, de manera de fomentar al menos la posibilidad de la alternancia en el poder e impedir el clientelismo político. En aquellos cargos que no sean de elección popular, especialmente en la Administración pública, se debe fomentar la celebración de concursos públicos y abiertos basados en el mérito y las capacidades de quienes postulan, sin mayor influencia de, por ejemplo, partidos políticos de gobierno, toda vez que se ha identificado que el reclutamiento meritocrático reduce significativamente los niveles de corrupción en el aparato público (Dahlström, Lapuente y Teorell, 2012). Junto con lo anterior, debe prevalecer una regulación con adecuados mecanismos de evaluación de desempeño y de cesación en el cargo.

Relacionado con lo anterior, debe establecerse un sistema de financiamiento de la política, tanto de partidos políticos como de candidaturas, absolutamente transparente, sin mayor o ninguna incidencia de aportes privados, sobre todo de grupos empresariales que pueden requerir a futuro la decisión favorable de autoridades y organismos públicos para el ejercicio de legítimas actividades (permisos, concesiones) o la resolución de procesos licitatorios o de fiscalización.

Esa misma transparencia, y con la misma significancia, es la requerida en el funcionamiento del sistema político y del aparataje público, incluyendo aquellos espacios de prestaciones de servicios públicos ejercidos por privados. En todo ellos deben contemplarse adecuados mecanismos de acceso a la información, publicidad de reuniones y contactos entre quienes ejercen dichas funciones y los particulares, además de transparencia de patrimonios e interés de los primeros, antes, durante y al término de su desempeño. Todo lo anterior, desde luego, en una

sociedad donde existan numerosos y variados medios de comunicación verdaderamente independientes.

En el ámbito institucional, naturalmente lo principal es la solidez de importantes instituciones que se relacionan con la prevención, detección y persecución de la corrupción, partiendo por un Poder Judicial y un Ministerio Público independientes, ajenos al clientelismo político, con un marcado énfasis técnico, con alta capacitación y, al igual que lo señalado en el punto anterior sobre el sistema político, con un régimen de total transparencia de sus decisiones y de eventuales conflictos de interés. Y por cierto, respecto del Ministerio Público, con una fiscalía especializada a cargo de investigar los casos de corrupción.

Tan importante como lo anterior es la institucionalidad relacionada con la fiscalización, sea que se trate de un Poder Legislativo respecto de los actos de gobierno, sea de agencias públicas en materia de control de la probidad y la ejecución presupuestaria. Aquí son determinantes la capacidad técnica, de personal y presupuestaria, unidas a efectivas facultades fiscalizadoras, especialmente en ámbitos descentralizados y desconcentrados.

En el ámbito económico, en primer lugar, existe una estrecha relación entre la consolidación de las estrategias señaladas en los dos ámbitos anteriores y este, pues en la medida que se cuente con un sistema político robusto y transparente y una institucionalidad fortalecida se disminuyen los riesgos de mayor interacción indebida entre el sector privado y público, y se aumentan las posibilidades de detectar aquellas en que efectivamente se concretó ese riesgo.

Confirmando la estrecha relación de las estrategias anteriores como consecuencia de dotar institucionalmente de buenos equipos a las instituciones, las remuneraciones deben ser equitativas con posiciones similares en el sector privado, sobre todo en organismos fiscalizadores.

Por otra parte, la transparencia también juega un rol importante en el ámbito económico dentro del sector privado, por lo que es pertinente establecer, por ejemplo, mayores flexibilizaciones en la regulación del secreto bancario. Sin embargo, donde mayor relevancia adquiere la transparencia radica en el sistema de compras y contrataciones públicas, especialmente en contratos de gran envergadura entre el Estado y particulares.

En el ámbito cultural, desde luego como cuestión principal debe desarrollarse un entorno que tenga una mirada crítica sobre los medios



indebidos para el logro de determinados fines, como el acceso al poder, la obtención de contratos públicos, designaciones en procesos de selección, etcétera. Se trata de establecer, a nivel social lo más amplio posible, un ambiente de control que en su base abrigue una cultura de intolerancia frente a la corrupción, de manera que este factor tenga una importancia en su dimensión preventiva mucho más relevante de lo que podría esperarse de la reacción penal, por ejemplo. Este gran ambiente de control social debe entonces permitir una verdadera conciencia colectiva sobre la importancia de la rectitud en la función pública, el bien común y el interés general, y la gravedad y profundidad de las consecuencias e impacto del fenómeno de la corrupción, validando entonces una cultura de rechazo y denuncia frente a prácticas corruptas.

Esto, qué duda cabe, debe comenzar desde la educación escolar, abarcando a la sociedad civil, pasando por el propio personal de la Administración pública y llegando hasta a las personas que asumen los roles directivos en las organizaciones, difundiendo entonces desde el más alto nivel hacia el resto de quienes componen las instituciones un marcado compromiso ético que, por ejemplo, no deje zonas grises donde pueda generarse una lealtad mal entendida en las relaciones al interior de dichas instituciones. Junto con lo anterior —tal como adelantamos a propósito de los factores que favorecen la corrupción—, una buena estrategia es *revalorizar* la función pública, en términos de selección de candidatos, transparencia en los procesos, unido a lo ya visto recién sobre ingresos remuneracionales.

Este enfoque, desde la propia sociedad en su conjunto, también debe llevar a un empoderamiento de la ciudadanía a través de instituciones avocadas a la fiscalización y escrutinio de las autoridades y funcionarios públicos, que promuevan y propongan reformas según la realidad de cada país.³⁶

Finalmente, en el ámbito normativo, el ordenamiento jurídico debe establecer una sólida potestad sancionatoria que recurra y a la vez armonice las herramientas que provee tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador, mediante procedimientos eficientes

36 Un ejemplo destacable en esta materia es Transparencia Internacional, una organización no gubernamental fundada en 1993 con sede en Berlín y con representación en más de sesenta países, incluido Chile. Dicha organización elabora periódicamente el Índice Mundial de Percepción de la Corrupción y la Conferencia Internacional anti Corrupción. Véase <https://www.transparency.org/>.



y expeditos, con múltiples canales de denuncia y adecuada protección de los denunciantes, que favorezcan la efectiva aplicabilidad de las penas en el caso concreto, por sobre rimbombantes penalidades fijadas de manera abstracta. Esta regulación debe ser relativamente sencilla, sistemáticamente coherente y desde luego actualizada a la luz de las distintas e innovadoras prácticas que pueden surgir en el fenómeno de la corrupción y la participación de particulares en ámbitos referidos a la función pública o la provisión de servicios públicos.

Pero también, desde el punto de vista normativo, aunque incide incluso en el ámbito institucional, cobra suma relevancia la configuración de un sistema de persecución penal eficiente. Al ser esta clase de delitos cometidos normalmente por personas con algún grado de preparación, y en posiciones de poder que otorgan mayores ventajas para ocultar evidencia o evadir controles, los sistemas de persecución deben contemplar un ágil sistema de intercambio de información, en especial con aquellas agencias que poseen información financiera o que pueden levantar información sobre el patrimonio de las personas. Asimismo, se requieren técnicas de investigación intrusivas, adecuados incentivos de delación compensada, incluso con posibilidad de eximición de responsabilidad penal, y plazos especiales de prescripción dada la mantención en el tiempo de posición de poder.

Con todo, y como veremos a continuación, ahondaremos más profundamente en las estrategias normativas que ha seguido la comunidad internacional, para luego profundizar todas estas estrategias en el caso de Chile.

Estrategias normativas contra la corrupción

A nivel internacional, es posible sostener que la preocupación por enfrentar la corrupción a través de estrategias normativas es relativamente nuevo, aunque ha tenido un decidido impacto en las legislaciones nacionales. Pero no fue una convención o un tratado, sino una ley nacional, la que comenzó a evidenciar la necesidad de abordar de manera conjunta, entre los Estados, el fenómeno de la corrupción: se trata de la Foreign Corrupt Practices Act de 1977, promulgada en Estados Unidos con el propósito de sancionar a ciertos individuos y entidades que realicen pagos a funcionarios de gobiernos extranjeros con el objetivo de obtener o retener negocios.



A partir de la década de los noventa, el fenómeno de la corrupción comenzó a evidenciar su estrecha relación —inversamente proporcional, por cierto— para la consolidación de la democracia, lo que permitió relevar la importancia de temas como los recursos que se desviaban por causa de la corrupción, el impacto que este fenómeno podía tener en materia de administración de justicia o los riesgos de investigar y denunciar estos hechos (Zalaquett, 2005).

Por una parte, es a raíz de este proceso que el impacto de la corrupción en la consolidación del Estado de derecho y en la afectación de los derechos humanos llevó a que la comunidad internacional lograra elaborar distintos instrumentos, tanto en el ámbito del sistema interamericano, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), como en el sistema universal, en el marco de las Naciones Unidas (ONU). Por otra, la afectación en el desarrollo de las relaciones económicas transfronterizas y la instalación de grandes empresas transnacionales en economías de países del tercer mundo llevó también a abordar la corrupción en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Esto tuvo implicancias en nuestra legislación, por ejemplo, al incorporar por la Ley 20.371 de 2009, «el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, cuando sea cometido por un chileno o por una persona que tenga residencia habitual en Chile» como aquellos que quedan sometidos a la jurisdicción nacional, a pesar de cometerse en el extranjero.³⁷ Veremos a continuación los instrumentos normativos generados en el seno de estas tres organizaciones.

Convención Interamericana contra la Corrupción

Resulta meritorio constatar que la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) constituye el primer instrumento internacional que se refiere específicamente a la materia. Fue adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996 con la firma de 21 países y entró en vigor el 3 de junio de 1997, treinta días después de que un segundo Estado depositara el instrumento de ratificación. En el caso de Chile, se aprobó por el Congreso

³⁷ Artículo 6 numeral 2 del Código Orgánico de Tribunales. En dicho numeral ya se encontraban incluidos «la malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República».



Nacional en septiembre de 1998 y fue promulgada mediante el Decreto Supremo 1.879, del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 29 de octubre de 1998, y publicada en el *Diario Oficial* el 2 de febrero de 1999.

Dos cuestiones cabe destacar como positivas sobre la adopción de esta Convención. En primer lugar, se trata de un instrumento que cuenta con un elevado número de ratificaciones y por ello entró rápidamente en vigor, lo que evidencia la prioridad y relevancia de la temática para los Estados de la región. De hecho, en la actualidad ha sido aprobada por la totalidad de los países, con la sola excepción de Cuba. En segundo lugar, el preámbulo de la Convención indica que su fundamento radica en la necesidad de fortalecer y salvaguardar la democracia como condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región. Pese a lo anterior, cabe observar que el propósito de la CICC se centra en la regulación de los actos de corrupción pública y, por tanto, excluye la corrupción privada como objeto de sus recomendaciones de regulación y cooperación. En efecto, vincula los actos de corrupción con «el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio»³⁸ o cometidos por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas (artículo VI).

En cuanto a las obligaciones de los Estados (establecidas en su artículo III), este instrumento establece normas generales de conducta y mecanismos para darle efectividad; consagra, entre otras, la obligación de establecer sistemas de protección de denunciantes, y releva la necesidad de contar con mecanismos para fomentar la participación de la sociedad civil, así como adoptar medidas procesales penales para la persecución de estos ilícitos. En el aspecto jurisdiccional (artículo V), establece formas de jurisdicción territorial, personal y universal. Sobre el ámbito de aplicación temporal, establece la irretroactividad y la prescripción (artículo XIX, segunda parte).

A partir de su artículo VI en adelante, la CICC se refiere al derecho sustantivo, en el sentido de comprometer, con distintos niveles de intensidad, la tipificación de distintos actos de corrupción a los que les es aplicable la Convención. Así, en el artículo VI, en su numeral primero

38 Artículo II.2 de la Convención Interamericana contra la Corrupción: «Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio».

se hace referencia a formas de cohecho (literal a), soborno (literal b), obtención general de beneficios ilícitos (literal c), aprovechamiento doloso y ocultación de bienes (literal d) y asociaciones ilícitas (literal e); además de otros hechos que sean catalogados en la legislación interna de cada Estado (numeral 2). Lo relevante respecto de este primer grupo de ilícitos es la obligación que establece la CICC de su tipificación penal y de facilitar la cooperación internacional entre los Estados parte para la investigación de estos delitos (artículo VII). En cambio, respecto del soborno internacional (artículo VIII) y del enriquecimiento ilícito (artículo IX), su prohibición y sanción se condiciona a la sujeción a la Constitución y principios fundamentales del ordenamiento jurídico del respectivo Estado. Finalmente, en un tercer nivel, «los Estados parte estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación» de otras figuras, como el aprovechamiento indebido de información reservada o privilegiada; el uso o aprovechamiento indebido de bienes del Estado o de instituciones públicas; toda acción u omisión que procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual se obtenga ilícitamente un beneficio o provecho, independiente de si hubo perjuicio al Estado; y la desviación ajena a su objeto que haga personal público de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa (artículo XI). De hecho, su menor intensidad vinculante se observa en la denominación del artículo: «Desarrollo progresivo». En cualquier caso, se considera relevante la prevención de que los actos de corrupción descritos en la CICC no requieren necesariamente un perjuicio patrimonial al Estado (artículo XII).

Otras regulaciones de la CICC corresponden a medidas sobre extradición (artículo XIII) y no tipificación de estos como delitos políticos (artículo XVII), asistencia y cooperación internacional (artículo XIV) y prácticas de cooperación internacional sin limitaciones (artículo XX). Finalmente, cabe destacar que en materia de cooperación internacional para la investigación y persecución de los actos de corrupción, un Estado «no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado parte requirente amparándose en el secreto bancario», aunque dicho Estado cumplirá con lo anterior «de conformidad con su derecho interno, sus disposiciones de procedimiento o con los acuerdos bilaterales o multilaterales que lo vinculen con el Estado parte requirente» (artículo XVI).

Como consecuencia de la CICC, los Estados parte acordaron la creación y conformación del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC).³⁹ Este Mecanismo tiene por objetivo promover la implementación de la CICC y contribuir a sus propósitos; dar seguimiento a los compromisos asumidos por los Estados parte de la CICC y analizar la forma en que son implementados; facilitar el intercambio de información, experiencias y prácticas óptimas; y la armonización de las legislaciones de los Estados parte. Asimismo, cabe destacar que si bien el MESICIC tiene una naturaleza intergubernamental, permite recibir opiniones de la sociedad civil. El Comité de Expertos del MESICIC ejecuta un proceso de evaluación recíproca o mutua entre los Estados que lo integran, en el marco de *rondas* sucesivas en las cuales se analiza la manera en que dichos Estados están implementando las disposiciones de la CICC seleccionadas para cada ronda, y de acuerdo con un reglamento. El Mecanismo ha desarrollado una serie de leyes modelo, las cuales resultan en herramientas de cooperación que contienen altos estándares para que los Estados los aprovechen al elaborar sus leyes anticorrupción. Entre estas leyes es posible identificar las referidas a la declaración patrimonial y de intereses y la relativa a la protección de denunciantes. Asimismo, el MESICIC cuenta con guías legislativas que contienen los elementos mínimos que, de acuerdo con los análisis y recomendaciones del Comité de Expertos, deberían ser tenidos en cuenta por los Estados al elaborar normas sobre las materias de la Convención a las que se refieren. Y en el denominado Portal Anticorrupción de las Américas,⁴⁰ el Mecanismo incluye las buenas prácticas que los Estados llevan adelante para implementar las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción de manera efectiva.⁴¹

39 El 4 de junio de 2001, en el marco de la Asamblea General de la OEA celebrada en San José de Costa Rica, se adoptó el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), en los términos previstos en el «Documento de Buenos Aires sobre el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción», el cual comenzó a operar en enero de 2002.

40 Véase Portal Anticorrupción de las Américas, disponible en <https://bit.ly/3C-86mG8>.

41 Las guías legislativas disponibles son: conflicto de intereses, recursos públicos, obligación de denunciar, declaración de activos, órganos de control, acceso a la información, mecanismos de consulta, participación en la gestión pública, segui-

En el caso de Chile, el informe final de su última evaluación (sexta ronda) fue aprobado en la sesión plenaria del 15 de septiembre de 2022.⁴² A continuación, indicaremos las principales materias que fueron objeto de recomendaciones, a propósito de las cuales mencionaremos algunas de las recomendaciones.⁴³

Inaplicabilidad de beneficios tributarios por pagos que se efectúen en violación de la legislación contra la corrupción

Habida cuenta de que en el informe de 2010 se habían detectado casos en que pagos ilícitos fueron utilizados como justificativos de gastos necesarios para producir renta, se analizó en detalle el marco jurídico atinente en la materia.⁴⁴ Con la nueva evaluación se reconoció un

miento de la gestión pública, asistencia y cooperación, contratación de funcionarios públicos y protección a los que denuncien actos de corrupción.

42 Esta última evaluación estuvo precedida por un informe (cuestionario) respondido por Chile en noviembre de 2021 y una visita *in situ* por parte de representantes de Haití y Paraguay. Estos antecedentes, y el informe final, se encuentran disponibles en Portal Anticorrupción de las Américas, «Chile, Respuestas, informes y representantes del MESICIC», disponible en <https://bit.ly/3qon4yn>.

43 Las materias objeto de las recomendaciones tienen distintos fundamentos. Si bien la mayoría obedece a recomendaciones que provienen de evaluaciones anteriores, especialmente respecto de la tercera ronda (de 2010), otras se deben a que fueron especialmente seleccionadas para esta ronda. Tal es el caso de la aplicación del artículo XVI, que, como ya señalamos, se refiere al secreto bancario.

44 Entre ellos, los artículos 30 y 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, contenida en el artículo 1 del Decreto Ley 824 de 1974. En particular, en el artículo 31 se consagran determinadas deducciones especiales, entre ellas «los sueldos, salarios y otras remuneraciones pagadas o adeudadas por la prestación de servicios personales, incluso las gratificaciones legales y contractuales, y asimismo, toda cantidad por concepto de gastos de representación», «las donaciones efectuadas cuyo único fin sea la realización de programas de instrucción básica o media gratuitas, técnica, profesional o universitaria en el país, ya sean privados o fiscales, solo en cuanto no excedan del 2% de la renta líquida imponible de la empresa o del 1,6%o (uno coma seis por mil) del capital propio de la empresa al término del correspondiente ejercicio» y «los gastos incurridos en la promoción o colocación en el mercado de artículos nuevos fabricados o producidos por el contribuyente, pudiendo el contribuyente prorratarlos hasta en tres ejercicios comerciales consecutivos contados desde que se generaron dichos gastos». Se analizaron también normas del Código Tributario, en particular facultades del director del Servicio de Impuestos Internos o del propio servicio (artículo 6 letra a, y artículos 60 y 64); la Ley 20.322 de 2009, que Fortalece y Perfecciona la Jurisdicción Tributaria y Aduanera» y la Ley 20.406 de 2009, que Establece Normas que Permiten el Acceso a la Información Bancaria por Parte de la Autoridad Tributaria.

avance en la normativa, tanto a nivel legislativo⁴⁵ como normativo,⁴⁶ en que destaca una específica circular para la aplicación de la CICC sobre esta materia;⁴⁷ no obstante, la evaluación contiene como recomendación el «considerar adoptar una ley que, de manera expresa, prohíba a cualquier persona física o jurídica gozar de exoneraciones fiscales que se efectúen en violación de la legislación nacional contra la corrupción».⁴⁸ Si bien se valora también positivamente la implementación de sistemas informáticos que facilitan la consulta de datos o el cruce de información, y otras medidas de coordinación interinstitucional,⁴⁹ el informe de 2022

45 Ley 21.210, de 2020, que Moderniza la Legislación Tributaria.

46 Entre ellas destacan las siguientes del Servicio de Impuestos Internos (SII): i) Instrucciones sobre modificaciones introducidas al artículo 21 y 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta por los números 11 y 13 del artículo segundo de la Ley 21.210, publicado en el *Diario Oficial* del 24 de febrero de 2020; ii) Oficio 2.750, del 13 de octubre de 2021, sobre la improcedencia de crédito fiscal (impuesto al valor agregado o IVA) soportado en el pago de primas de seguros de vida y complementarios de salud contratados por empresa en beneficio de sus trabajadores, por no guardar relación directa con la actividad de la empresa; iii) Oficio 671, del 1 de marzo de 2022, relacionado con la acreditación del gasto, el cual es deducible de la base imponible sobre la cual se calculan los impuestos globales (de primera categoría para empresas y de segunda categoría para personas naturales); iv) Oficio 2.627, del 29 de septiembre de 2021, sobre el tratamiento tributario de pagos efectuados a título de sueldos declarados improcedentes en juicio laboral; v) Circular 63, del 12 de octubre de 2000, que instruye sobre formularios a utilizar y establece los procedimientos específicos para auditorías tributarias; y vi) Circular 53, del 20 de septiembre de 2002, la cual instruye sobre procesos de auditoría conjunta a sociedades y a sus socios, sobre el procedimiento de revisión de la actuación fiscalizadora como etapa voluntaria previa al reclamo ante el Tribunal Tributario. También se relevó, en relación con el lavado de activos y su prevención por parte del SII, la designación de oficiales de cumplimiento ante la Unidad de Análisis Financiero (UAF) mediante Resolución 86 de 2020, y la elaboración de un manual de prevención del SII en materias tributarias relacionadas al lavado de activos, delitos funcionarios y financiamiento del terrorismo, mediante Oficio Circular Interno 12 de 2020.

47 Se trata de la Circular 38 de 2018, que tiene por objetivo «impartir instrucciones relativas a la aplicación del artículo 8 de la Convención referida y ratificar como criterio de este Servicio la improcedencia de considerar gastos necesarios para producir la renta las dádivas de cohecho o soborno que puedan otorgarse a un funcionario nacional o extranjero».

48 OEA MESICIC, «Informe final: República de Chile», SG/MESICIC/doc.618/22 Rev.4, 15 de septiembre de 2022, recomendación 1.4.2 (p. 25), en relación con el párrafo 75 de la sección 1.2 del capítulo II del Informe, disponible en <https://bit.ly/3OOGN1i>.

49 Por ejemplo, se destaca el hecho de que desde 2020 se coordina el trabajo interinstitucional entre el Servicio de Impuestos Internos y el Ministerio Público

mantiene una recomendación referida a una sistematización completa y transparente de los análisis sobre la materia. En efecto, si bien reconoció la implementación de un *balanced scorecard* institucional (BSC)⁵⁰ y un informe de gasto tributario periódico publicable en el sitio web del SII, señaló:

Los procedimientos e indicadores que permiten a las autoridades competentes analizar los resultados objetivos obtenidos en esta materia podrían ser más comprensivos y referirse a temas tales como: el número de inspecciones o revisiones periódicas o por muestreo practicadas a los registros contables de las empresas; el número de investigaciones penales y/o administrativas que se deriven de tales investigaciones y/u otras medidas iniciadas y concluidas; el número de sanciones impuestas como resultado de las mismas, en orden a identificar retos y adoptar medidas correctivas, cuando corresponda; y que no se ha presentado información que permita dar por cumplido el segundo componente de la recomendación que se refiere a verificar el seguimiento de las recomendaciones formuladas en el presente informe en relación con la misma.⁵¹

Prevención del soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros

En esta materia, las recomendaciones incluyen adoptar las medidas pertinentes para que el *secreto profesional* no sea un obstáculo para que los contadores puedan poner en conocimiento de las autoridades competentes los actos de corrupción que detecten en desarrollo de su labor, lo que se relaciona con la posibilidad de establecer para ellos un deber de denuncia. Así, si bien se tuvo presente que el artículo 34 del Código Tributario contiene una excepción al secreto profesional, al establecer que los técnicos y asesores que intervienen en la confección de una declaración de impuestos están obligados a atestiguar bajo juramento sobre los

relativo a que los imputados que acceden a una suspensión condicional del procedimiento no pueden rebajar tributariamente los gastos, pagos o donaciones en que deban incurrir para cumplir con el acuerdo de la suspensión condicional. El Ministerio Público informa periódicamente al Servicio de Impuestos Internos sobre estas condenas y el SII reexamina las declaraciones de impuestos de los contribuyentes condenados para determinar si dichos gastos fueron deducidos. OEA MESICIC, «Informe final», 46.

50 Que incluye, entre otros, datos sobre causas judicializadas y sus tipos de término.

51 OEA MESICIC, «Informe final», 18-19.

puntos contenidos en la declaración, se considera insuficiente, toda vez que no se observan disposiciones que los obliguen a que «puedan poner en conocimiento de las autoridades competentes los actos de corrupción que detecten en desarrollo de su labor».⁵²

Cohecho a funcionario público extranjero

En esta materia, desde luego el informe valora positivamente la reformulación de la figura penal contenida en el artículo 241 bis del Código Penal en virtud de la Ley 21.121 de 2018, como asimismo el Oficio 472 de 2020 del Fiscal Nacional titulado «Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de corrupción». Sin embargo, de acuerdo con los datos entregados para la evaluación por parte del Ministerio Público, el informe señala que «llama la atención del Comité que, desde la creación de este tipo penal en el año 2002, solamente exista una sentencia condenatoria, 13 alegaciones de soborno transnacional y 10 casos investigados, lo que corresponde a 2,6% de investigaciones efectuadas por año, porcentaje que parece ser bajo».⁵³ Por ello, se recomienda profundizar la asistencia y cooperación para la investigación de estos delitos, así como la mejora en investigaciones financieras complejas. Se recomendó también identificar las causas por las cuales el público no presenta más denuncias relacionadas con conductas que podrían constituir casos de soborno transnacional, e identificar también las causas por las cuales no se está detectando con mayor frecuencia este delito.⁵⁴

52 OEA MESICIC, «Informe final», 28. Respecto de esta materia, cabe destacar que el Estado de Chile también argumentó la existencia del proyecto de reforma tributaria (Boletín 15.170-05), que incluye por primera vez en el Código Tributario la figura del «denunciante anónimo tributario», y se agrega un nuevo artículo a dicho Código (artículo 100 ter), que permite que se pueda acceder a beneficios a cambio de información que ayude a desbaratar operaciones contrarias a la normativa tributaria. De acuerdo con el proyecto de ley, «si, producto de la información proporcionada, se impusiere judicialmente al imputado o infractor la obligación de pagar un monto de dinero no inferior al mínimo de la multa que establece el delito o la infracción, ya sea en el proceso penal o en un procedimiento infraccional, la persona que entregó voluntariamente la información tendrá derecho a solicitar a la Tesorería General de la República el pago del 10% de la multa efectivamente enterada en arcas fiscales, que se obtendrá deduciendo del monto de la multa el citado porcentaje. La persona que entregue información maliciosamente falsa será sancionada con multa de 100 unidades tributarias anuales».

53 OEA MESICIC, «Informe final», 59.

54 En lo que aparece de manera transversal a lo largo del informe, pero aquí re-

Enriquecimiento ilícito

En esta materia, el informe recomendó identificar las causas que contribuyen a una dilación en los procedimientos penales y a que no se identifiquen, denuncien y sancionen más casos relacionados con conductas que podrían tipificar el enriquecimiento ilícito. Además, recomendó incluir entre sus sanciones la pena privativa de libertad y adoptar una disposición de carácter vinculante que extienda el plazo dentro del cual el personal de la Administración pública puede incurrir en el delito, más allá de la fecha del cese del cargo, en la que el funcionario ha cesado de su cargo.⁵⁵

Extradición

El informe recomendó la adopción de medidas pertinentes para informar oportunamente al Estado requirente al que se niegue una solicitud de extradición, en razón de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud o porque se ha considerado competente acerca del resultado final del caso; el desarrollo, actualización y diseminación de indicadores que permitan analizar y verificar los resultados obtenidos durante los programas de capacitación que se recomiendan, dirigidos a jueces, fiscales, otros operadores de justicia y autoridades administrativas con competencias en esta materia, y la promoción del uso de la Convención como base jurídica, además de los tratados bilaterales y universales que correspondan, tanto en las solicitudes que formule como en las que reciba.

Con todo, en virtud de la información levantada, se logró determinar que en las extradiciones pasivas que se han realizado en Chile en los últimos diez años, respecto de todo tipo de delitos comunes, se ha ejercido

ferido específicamente al cohecho transnacional, se señala: «Chile también podría beneficiarse con la elaboración y amplia difusión, en un formato amigable y de fácil acceso, de información estadística detallada y compilada anualmente relativa a las investigaciones iniciadas correspondientes al soborno transnacional que permita establecer cuántas se encuentran suspendidas; cuántas han prescrito; cuántas han sido archivadas; cuántas se encuentran en trámite; cuántas se han remitido a la autoridad competente para resolver; discerniendo además entre las causas que correspondan a las personas físicas y a las jurídicas, en orden a identificar retos y adoptar medidas correctivas, cuando corresponda». OEA MESICIC, «Informe final», 61.

55 En esta materia se destacó que la Corporación Administrativa del Poder Judicial cuenta con un correo electrónico de denuncias: ep_delitos@pjud.cl. OEA MESICIC, «Informe final», 65.

la facultad de no entregar a ciudadanos chilenos en muy contadas ocasiones. Explicando además que la jurisprudencia más reciente y uniforme de la Corte Suprema ha sido rechazar expresamente la posibilidad de no entregar a ciudadanos chilenos en extradición.⁵⁶

Secreto bancario

Esta materia fue particularmente analizada, ya que, como indicamos, se seleccionó en especial la aplicación del artículo XVI, que se refiere al secreto bancario, para efectos de esta última evaluación.⁵⁷ Así, cabe señalar en primer lugar que en Chile tenemos una legislación que no otorga suficiente flexibilidad y a la vez es compleja. En efecto, nuestra legislación reconoce dos conceptos, el secreto bancario y la reserva. Su regulación se encuentra en, a lo menos, cuatro cuerpos normativos:

- Capítulo XVI de la Ley General de Bancos, Decreto con Fuerza de Ley 3 (DFL 3).
- Artículo 1 de la Ley sobre Cuentas Corrientes y Cheques, Decreto con Fuerza de Ley 707 (DFL 707).
- Artículos 62 y 62 bis del Código Tributario.
- Artículo 2 de la Ley 19.913, sobre Lavado de Activos.
- Artículo 5, numeral 5, párrafo 2 del Decreto Ley 3.538, que Crea la Comisión para el Mercado Financiero.

Algunas de las recomendaciones formuladas a Chile apuntan en primer lugar a publicar estadísticas detalladas sobre la materia. Esto, porque si bien en el cuestionario escrito entregado por Chile para la evaluación no se aportaron estadísticas, durante la visita *in situ* sí se logró determi-

56 Para ello se señalaron los siguientes argumentos: «[i)] No existe en Chile ninguna norma de carácter constitucional ni legal que impida o restrinja la entrega en extradición de ciudadanos chilenos. [ii)] Dentro de la evolución histórica de la institución de la extradición, en un primer momento primó la idea de no entregar a los nacionales vía extradición, fundada en razones de desconfianza en los tribunales extranjeros, o la falta de posibilidad de defenderse del extraditado. En la actualidad, dicha tesis ha perdido fuerza y se ha ido uniformando la doctrina en el sentido de considerar como injustificadas las razones invocadas para no concederla. [iii)] Denegar una extradición por nacionalidad obligaría al juzgamiento en nuestro país, lo que podría dificultar la persecución criminal o tornarla ilusoria, dado que toda la prueba existente se encuentra en el Estado requirente, lo que en términos prácticos puede significar la impunidad del delito». OEA MESICIC, «Informe final», 71.

57 Véase nota 43.

nar que en el período de 2015 a 2019 se registraron 201 solicitudes de información financiera provenientes de 54 países, todas ellas respondidas en un plazo promedio de 24 días. Sin embargo, frente a esto el informe recomendó a nuestro país:

Elaborar información estadística detallada y compilada periódicamente sobre el secreto bancario que contenga datos, además de los que ya se recaban, relacionados con el número de solicitudes que le han formulado y que le han formulado a otros Estados parte que han sido negadas y aceptadas, el nombre del tratado que se invocaba, la causal a la que aduce el pedido y una síntesis de la fundamentación de la respuesta, con el objetivo de identificar retos y adoptar medidas correctivas, cuando corresponda.⁵⁸

Asimismo, recomendó dar una mayor difusión al Oficio 227 del Fiscal Nacional, de 24 de marzo de 2021, que «imparte criterios de actuación del Ministerio Público en materias de cooperación internacional»; y motivar, permitir y facilitar la renuncia voluntaria al secreto bancario de autoridades públicas, especialmente de aquellas que por la naturaleza de sus cargos estén sujetas a un mayor escrutinio público, como medida de promoción de la transparencia y de prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de la función pública.

Buenas prácticas

Finalmente, el informe destaca dos buenas prácticas respecto de Chile, las que, como ya señalamos, se incluyen en el Portal Anticorrupción de las Américas.

La primera corresponde a la Estrategia Nacional Anticorrupción, a cargo de la Contraloría General de la República (CGR) con el apoyo del programa de cooperación de la Unión Europea con América Latina Eurososocial+ y Chile Transparente, al que nos referiremos más adelante.⁵⁹

La segunda buena práctica la constituye la Alianza Anticorrupción UNCAC Chile, a cargo también de la CGR. Esta alianza fue creada en 2012 por el órgano contralor y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Su principal objetivo fue diseñar y desarrollar

58 OEA MESICIC, «Informe final», 86, recomendación 1.4.3.

59 Véase la sección «Contraloría General de la República» en el capítulo «El fenómeno de la corrupción en Chile».

acciones que permitieran dar cumplimiento a los principios de la Alianza Anticorrupción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), como la implementación de códigos de ética en el sector público, el reconocimiento de buenas prácticas, el seguimiento legislativo y las propuestas para fortalecer los esfuerzos nacionales para combatir la corrupción.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Ahora ya en el ámbito universal, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) fue adoptada el 31 de octubre de 2003 y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, contando a la fecha con la ratificación de 187 Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas.⁶⁰ En el caso de Chile, fue aprobada por el Congreso Nacional el 14 de junio de 2006, ratificada el 13 de septiembre del mismo año, promulgada mediante Decreto Supremo 375 del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 23 de noviembre de 2006, y publicada en el *Diario Oficial* el 30 de enero de 2007.

El fundamento de la referida Convención contra la Corrupción, similar al caso ya visto de la CICC, se centra en la amenaza que supone este fenómeno para la democracia, la seguridad, la justicia, el desarrollo sostenible y el imperio de la ley. Asimismo, en el preámbulo se plantean los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular, la delincuencia organizada, que incluso originalmente se pensó normar en un único tratado.⁶¹

En cuanto a su contenido, a modo general se puede destacar que, a diferencia de la CICC, esta Convención plantea un enfoque amplio sobre el fenómeno, más allá del propio Estado y la función pública. Así, respecto de la responsabilidad de prevención y erradicación de los casos de corrupción, incorpora el apoyo y la participación de organizaciones,

⁶⁰ Los Estados que aún no la han ratificado son Andorra, Barbados, Eritrea, Mónaco, Corea del Norte, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, San Marino, Somalia, Surinam y Siria.

⁶¹ Fue a propósito de las tratativas para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en que se decidió desarrollar un instrumento jurídico internacional específico para la corrupción, pues originalmente se contemplaría en dicha Convención abordar la corrupción en relación con el crimen organizado y la participación de funcionarios públicos. Dicha Convención fue aprobada por la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000.



personas y comunidades. Muestra de lo anterior es la incorporación de la necesidad de contar con mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción (artículo 13). Esta mayor amplitud incluso se observa en la conceptualización de la corrupción, toda vez que decididamente incorpora al sector privado como un ámbito dentro del cual se puede desarrollar este fenómeno, incluso sin conexión alguna con el sector público o el desempeño de un servicio público, pero, por otra parte, muy focalizado en materias contables. Así, en el artículo 12 se señala que cada Estado adoptará medidas para prevenir la corrupción⁶² y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales en caso de incumplimiento de esas medidas. Es más, respecto de la prohibición de conductas en este ámbito, especifica que dichas medidas se refieren al mantenimiento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, buscando evitar actos referidos a cuentas u operaciones no registradas en libros; registro de gastos inexistentes; el asiento de gastos en los libros de contabilidad con indicación incorrecta de su objeto; la utilización de documentos falsos; y la destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes de los plazos previstos en la ley. Luego, derechamente mandata a los Estados a considerar la posibilidad de tipificar como delitos la corrupción en el sector privado (artículo 21) y la malversación o peculado en el sector privado (artículo 22).⁶³

Sin embargo, el alcance de la CNUCC no se queda ahí, sino que se extiende a la responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 26), ya que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para establecer la

62 Entre las medidas que se señalan se encuentran: la elaboración de códigos de conducta, mecanismos para la identificación de personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de empresas, la imposición de restricciones apropiadas y por tiempo razonable a las actividades profesionales de exfuncionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo, entre otros (artículo 12 CNUCC).

63 Estas normas fundamentaron adecuadamente la incorporación en nuestro Código Penal de los delitos de corrupción entre particulares de los artículos 287 bis y 287 ter, y del delito de administración desleal del artículo 470, numeral 11.

responsabilidad penal, civil o administrativa de las personas jurídicas por su participación en delitos tipificados de acuerdo a la Convención, aunque siempre de acuerdo con los principios jurídicos de sus ordenamientos internos (artículo 26).

Ahora bien, la estructura de la CNUCC comprende ocho capítulos: el primero sobre disposiciones generales; el segundo, sobre medidas preventivas; el tercero, sobre penalización y aplicación de la ley; el cuarto, sobre cooperación internacional; el quinto, sobre recuperación de activos; el sexto, sobre asistencia técnica e intercambio de información; el séptimo, sobre mecanismos de aplicación; y finalmente, el octavo capítulo referido a disposiciones generales. Al ser tan amplias las materias, nos referiremos únicamente a la consideración del Poder Judicial y a las normas sobre tipificación.

Respecto del primer punto, el artículo 11 considera específicamente medidas relativas al Poder Judicial y al Ministerio Público, y mandata a los Estados adoptar medidas para reforzar la integridad y evitar cualquier oportunidad de corrupción entre los miembros del Poder Judicial, habida cuenta de su independencia y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción. Incluso, insta a incluir normas que regulen la conducta de los miembros del Poder Judicial.

Las medidas respecto de la tipificación penal se recogen en el capítulo 3, las cuales son más amplias que las elaboradas con anterioridad por otras instancias supranacionales, incluida la CICC. Sin embargo, al igual que en este último instrumento, establece con distintos grados de intensidad la tipificación de conductas. Así, en un lado se sitúan los preceptos que tienen carácter imperativo y que conllevan la obligación de tipificar incondicionalmente como delito el cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales (artículo 15), el cohecho activo de funcionarios públicos extranjeros (artículo 16.1), la malversación o peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público (artículo 17); el blanqueo del producto del delito (artículo 23) y la obstrucción de la justicia (artículo 25).⁶⁴ Sin embargo, con menor fuerza obligatoria, los Estados «considerarán la posibilidad de tipificar como delito» el cohecho pasivo de funcionarios públicos ex-

64 Agrega la obligatoriedad de sancionar penalmente cualquier forma de participación en un delito tipificado con arreglo a la propia Convención, así como la tentativa (artículos 27.1 y 27.2).



tranjeros (artículo 16.2), el tráfico de influencias (artículo 18), el abuso de funciones o del cargo (artículo 19), el enriquecimiento ilícito —siempre y cuando no sea contrario a la Constitución o a los principios fundamentales del Estado en cuestión— (artículo 20), el encubrimiento o la retención continua de bienes procedentes de los delitos tipificados con arreglo a la Convención (artículo 24) y los ya mencionados delitos de corrupción (artículo 21) y malversación o peculado (artículo 22) en el sector privado. Como puede observarse, la CNUCC recoge un amplio elenco de figuras delictivas, algunas de ellas totalmente novedosas en instrumentos internacionales en la lucha contra la corrupción como la figura, de obligada criminalización por parte de los Estados parte, de la obstrucción de la justicia.

Finalmente, cabe destacar que, respecto del artículo 30 (proceso y resoluciones judiciales), el artículo 32 (protección de testigos, peritos y víctimas) y el artículo 33 (protección de denunciantes), alude a medidas orientadas a la protección física de testigos, peritos y sus familiares (protección de identidad, reubicación, etcétera); y también se extiende la protección a las víctimas, aunque solo en el caso de que sean testigos (artículo 32, numeral 4), además de permitirles participación en los procesos (artículo 32, numeral 5). Respecto de denunciantes, alude a su protección contra tratos *injustificados* (artículo 33).

En cuanto al seguimiento, la CNUCC establece en su artículo 63 la Conferencia de Estados Parte (COSP, por sus siglas en inglés). Esta organización, con sede en Viena, Austria, apoya a los Estados y signatarios en la generación de políticas orientadas a implementar la Convención y promover la cooperación e intercambio de información entre los países.

Entre sus cometidos, la COSP examina periódicamente la aplicación de la Convención por los Estados, los que deben proporcionar información sobre sus programas, planes y prácticas, así como sobre las medidas legislativas y administrativas adoptadas para cumplir las obligaciones de la Convención. Esta sesiona cada dos años y adopta resoluciones y decisiones conforme a su mandato.

Para prestar asistencia y velar por la coordinación necesaria de la COSP, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) actúa como Secretaría de la CNUCC. Es en virtud de lo anterior que se cuenta con un mecanismo de revisión de las medidas adoptadas por los Estados, el cual consiste en un proceso de examen entre pares. Así, cada Estado parte es examinado por dos pares,



uno de ellos de la misma zona geográfica, seleccionados por sorteo en la COSP. En particular en el caso de Chile, se releva la necesidad de seguir perfeccionando la legislación en materia de protección a denunciantes, recuperación de activos, transparencia y compras públicas.⁶⁵

Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales

Este instrumento fue adoptado por la Conferencia Negociadora de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) el 21 de noviembre de 1997. En tanto, en nuestro país, la Convención fue promulgada a través del Decreto 496 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 10 de octubre de 2001, y publicada en el *Diario Oficial* el 30 de enero de 2002.⁶⁶

Al tratarse de una materia tan específica, como su nombre lo indica, la existencia de divergencias entre los ordenamientos jurídicos de los

65 El primer ciclo de revisión de Chile, por parte de El Salvador y Ucrania, fue realizado entre 2010 y 2011, y consideró el análisis de los capítulos 3 (penalización y aplicación de la ley) y 4 (cooperación internacional). El segundo ciclo de revisión, que corresponde a Jamaica y Uzbekistán, cubre los capítulos 2 (medidas preventivas) y 5 (recuperación de activos). Este proceso se inició en enero de 2020, cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores remitió a la UNODC el Cuestionario de Autoevaluación, documento que sirve como base para el proceso de examen. Posteriormente, en marzo de 2020 se celebró la primera teleconferencia con los países examinadores y la UNODC para establecer parámetros logísticos y aclarar dudas sobre el proceso. Luego, en abril de 2021, los países examinadores enviaron sus comentarios al Cuestionario de Autoevaluación de Chile y en marzo de 2022 la delegación chilena envió dicho cuestionario a la UNODC con información complementaria, destinada a responder las dudas y consultas de los países examinadores. Como último hito, a fines de agosto del presente año Chile, junto con la Secretaría de la UNODC, recibió la visita *in situ*. Cabe destacar que, en forma paralela al proceso de revisión de Chile, en junio de 2020 Chile e Irlanda fueron seleccionados por sorteo como países evaluadores de España en este segundo ciclo de evaluación de los Capítulos II y V de la UNCAC. Más información sobre la materia se puede encontrar en «Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC) en Chile», Alianza Anticorrupción UNCAC-Chile, disponible en <https://bit.ly/3qvUjQ9>.

66 Son Estados parte de la Convención: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Corea, Chile, Chequia, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Suecia, Suiza, Sudáfrica, Turquía y el Reino Unido.

diferentes países dificultaba la adopción de un acuerdo vinculante que exigiera la incorporación a las legislaciones internas de disposiciones idénticas. Esto llevó a considerar un criterio de *equivalencia funcional*, que fue incorporado al Convenio en su preámbulo y que un texto complementario, denominado «Comentarios sobre la Convención», lo consagra en su apartado 2.⁶⁷ En virtud de este criterio, lo importante es que las partes obtengan unos resultados equivalentes a pesar de que para ello sigan caminos diferentes.⁶⁸

Ahora bien, el Convenio prevé la tipificación, exclusivamente, del cohecho activo (artículo 1.1) —es decir, el delito cometido por el particular que ofrece o promete un soborno a un funcionario público—, sin ocuparse del cohecho pasivo, esto es, el delito cometido por el funcionario público que solicita o acepta el soborno.⁶⁹ Por lo tanto, queda relegado a cada Estado, en representación del cual se desempeña el servidor público, la decisión tanto sobre la tipificación misma como sobre la forma

67 En efecto, los Comentarios sobre la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales establecen en su apartado 2: «Esta Convención busca garantizar una equivalencia funcional entre las medidas tomadas por las partes para sancionar el cohecho de servidores públicos extranjeros, sin exigir uniformidad ni cambios en los principios fundamentales del régimen jurídico de una parte».

68 La adopción de un texto con carácter vinculante por parte de la Conferencia Negociadora, que fue el grupo de la OCDE encargado de preparar el texto de la Convención, no fue tarea fácil por lo señalado aquí. Sin embargo, para no entorpecer la firma de un acuerdo, se decidió que algunas cuestiones referentes al Convenio se explicaran en unos Comentarios, un documento separado del mismo adoptado por la Conferencia Negociadora. Su naturaleza jurídica es controvertida, pues no forman parte del Convenio, no tienen carácter vinculante y no son objeto de firma o ratificación por los Estados que suscriban el Convenio. Por lo anterior, se ha señalado que ofrecen un «elemento significativo del contexto» en el cual se elaboró el Convenio y constituyen una guía para la interpretación de la Convención, si bien no se trataría de una interpretación concluyente y auténtica (Sacerdoti, 2000: 41). Independiente de esta discusión, expondremos lo señalado en los Comentarios a efectos de considerar posibles alcances y limitaciones de los conceptos utilizados por la Convención.

69 «Cada parte tomará las medidas que sean necesarias para tipificar que conforme a su jurisprudencia es un delito penal que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de este o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales».

en que se sancione eventualmente la conducta ilícita del funcionario.⁷⁰ Tampoco se ocupa el Convenio de la corrupción entre privados. La conducta típica que se recoge consiste en «ofrecer, prometer o conceder deliberadamente cualquier beneficio indebido pecuniario o de otra clase a un servidor público extranjero, directamente o mediante intermediarios, con la finalidad de obtener un negocio o cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales».

Sobre lo *indebido* del beneficio, cabe comentar algunos aspectos interesantes, que abordan los Comentarios. Así, no se consideran indebidos obviamente aquellos que están permitidos o exigidos por las leyes escritas o reglamentos del país del agente público extranjero, incluso aquellos reconocidos por el derecho jurisprudencial (comentario 8),⁷¹ lo que demuestra la heterogeneidad normativa de los Estados parte. Sin embargo, sí se considerará delito la entrega de pagos indebidos, aunque esté permitida por las costumbres locales o sea tolerada por las autoridades locales, e incluso la entrega en supuestos estados de necesidad, pues la finalidad del beneficio, como veremos, no lo justifica ni siquiera en esos casos.⁷²

En cuanto al concepto de *servidor público extranjero*, se define como aquel que «ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea nombrado o elegido; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, por ejemplo, en una dependencia pública o en una empresa pública; y cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional» (artículo 1.4 [a]). Se trata de una definición relativamente amplia y funcional, que se expande aún más si se consideran las definiciones que los Comentarios

⁷⁰ Decimos *eventualmente* porque bien puede el particular ofrecer un beneficio indebido y ser rechazado por el servidor público.

⁷¹ «Sin embargo, no es un delito si la ventaja fuera permitida o requerida por un reglamento o ley escrita del país del servidor público extranjero, incluido el derecho jurisprudencial».

⁷² «También es un delito, independientemente de, *inter alia*, el valor de la ventaja, sus resultados, las ideas de la costumbre local, la tolerancia de esos pagos por parte de las autoridades locales, o la supuesta necesidad del pago para obtener o quedarse con negocios o con otra ventaja indebida» (comentario 7).



presentan sobre *función pública*,⁷³ *empresa pública*⁷⁴ y *organismo público internacional*.⁷⁵ Así, quedan incluidos en la noción desarrollada por el Convenio cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública que le haya sido delegada por el Estado, cualquier organismo público, cualquier empresa sobre la cual el gobierno ejerza directa o indirectamente una influencia dominante, por ejemplo, porque ostente la mayoría del capital social; por último, se incluyen también funcionarios o agentes de organizaciones internacionales públicas. Se trata de un concepto que, por primera vez en un texto internacional, hace mención a funcionarios de organizaciones internacionales; sin embargo, no se consideran incluidos en dicho concepto los partidos políticos o candidatos para un cargo público, que sí se incluían en la Foreign Corrupt Practices Act (Benito Sánchez, 2008: 19).

Respecto del beneficio indebido, este debe entregarse con una finalidad concreta, esto es, que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales. Se incluye aquí todo supuesto de uso de la posición del agente público ya actúe dentro o fuera de su competencia (artículo 1.4.c y comentario 18). Además de esta finalidad inmediata, se exige también una finalidad mediata: el soborno debe estar orientado a conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales. Dada esta ilícita finalidad, según el Convenio, no constituyen delito los denominados *pagos de facilitación*, es decir, aquellos que se realizan para agilizar

73 *Función pública* incluye cualquier actividad de interés público, delegada por un país extranjero; por ejemplo, el cumplimiento de una tarea delegada por este en relación con adquisiciones públicas (comentario 12).

74 Una *empresa pública* es cualquier empresa, independientemente de su figura legal, sobre la cual un gobierno o gobiernos puedan directa o indirectamente ejercer una influencia dominante. Este se considera debe ser el caso, entre otros, cuando el o los gobiernos son los tenedores de la mayor parte del capital suscrito de la empresa, controlan la mayoría de los votos suscritos a las acciones emitidas por la empresa o pueden nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de supervisión, del órgano administrativo o directivo de la empresa. (comentario 14).

75 *Organismo público internacional* incluye a cualquier organismo internacional constituido por Estados, gobiernos y por otros organismos públicos internacionales, cualquiera que sea el tipo de organización y el ámbito de competencia; incluido, por ejemplo, un organismo de integración económica regional como las Comunidades Europeas (comentario 17).

trámites administrativos, siempre que consistan en pequeñas cantidades de dinero.⁷⁶

Por su parte, el apartado 2 del artículo 1 exige también a los Estados parte la tipificación de diferentes formas de autoría y participación, como la incitación, la ayuda, la instigación o la autorización de un acto de cohecho de un servidor público extranjero. Ordena además este instrumento que, en aquellos países donde se penalice la tentativa y la conspiración para sobornar a funcionarios públicos nacionales, se extienda dicha prohibición a la corrupción de agentes públicos extranjeros.

Importa también destacar —especialmente en consideración a la influencia que tuvo en nuestro país— el artículo 2 del Convenio,⁷⁷ que hace referencia a la responsabilidad, no necesariamente penal, de las personas jurídicas, pues no se exige que reconozcan la responsabilidad penal si no tiene considerado ya dicho sistema en sus sistemas jurídicos.⁷⁸ No obstante, de no incluir sanciones penales, los Estados deben asegurar que las personas jurídicas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias por el cohecho de servidores públicos extranjeros (artículo 3.2).

El Convenio exige que las penas aplicables al delito de corrupción de agentes públicos extranjeros sean eficaces, proporcionadas y disuasorias, similares a las que se aplican para la corrupción de los propios funcionarios y que permitan una asistencia mutua efectiva y la extradición (artículo 3.1). Además, las partes regularán el embargo y confiscación del soborno y del producto de la corrupción o de bienes por valor equivalente (artículo 3.3). El Convenio OCDE se asienta sobre el principio

⁷⁶ «Los “pagos de facilitación” no constituyen pagos hechos para obtener o quedarse con negocios o con otra ventaja indebida dentro del significado del párrafo 1 y, por consiguiente, tampoco son un delito. Esos pagos, que en algunos países se hacen para inducir a los servidores públicos a cumplir con sus funciones, como expedir licencias o permisos, en general son ilegales en el país extranjero en cuestión. Los demás países pueden y deben atacar este fenómeno corrosivo mediante otros recursos, como el apoyo a los programas de buena gobernanza. Sin embargo, la tipificación como delito por parte de otros países no parece una medida complementaria práctica ni eficaz» (comentario 9).

⁷⁷ «Cada parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero» (artículo 2 de la Convención OCDE).

⁷⁸ «En el caso de que, conforme al régimen jurídico de una parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales, no deberá requerírsele a esa parte que establezca ese tipo de responsabilidad penal» (comentario 20).



de territorialidad (artículo 4.1), que debe interpretarse en un sentido amplio, de modo que no exija una amplia conexión física con el acto de corrupción (comentario 25).

El Convenio también reconoce la relación existente entre el lavado de activos y la corrupción, razón por la cual el artículo 7 establece que cuando en el ordenamiento jurídico de un Estado el cohecho de sus funcionarios públicos constituya un delito conexo al lavado, también habrá de serlo el cohecho de agentes públicos extranjeros. Por otra parte, dada la importancia de prevenir los comportamientos corruptos en las transacciones comerciales internacionales, se contemplan medidas de carácter preventivo relacionadas con la contabilidad empresarial que los Estados deben adoptar, como la prohibición de cuentas fuera de libros, de transacciones extracontables o de partidas del pasivo con una incorrecta identificación de su objeto, con el fin de corromper a agentes públicos de otros Estados o de ocultar tal corrupción (artículo 8.1). Lógicamente, la cooperación judicial y policial son de especial relevancia, razón por la cual se exige a las partes que se proporcionen una asistencia jurídica pronta y eficaz, y no solo en las investigaciones y procedimientos penales, sino también en actuaciones no penales dirigidas contra personas jurídicas (artículo 9.1). Si un Estado hace depender la prestación de asistencia mutua de la existencia de doble tipificación de un delito, se considerará que esta existe si el delito respecto del cual se solicita está incluido en el Convenio OCDE. Como ya se previera en la Convención Interamericana contra la Corrupción, no puede invocarse el secreto bancario para negar la asistencia mutua a otro Estado parte (artículo 9.3). Al seguir con la cooperación internacional, el artículo 10 recoge una serie de normas sobre extradición, donde lo principal consiste en la consideración de la corrupción de agentes públicos extranjeros como un delito extraditible según los ordenamientos jurídicos de los Estados parte y los tratados de extradición entre ellas. Cuando un Estado condicione la extradición a la existencia de un tratado, y reciba una solicitud de otro Estado con el que no tiene suscrito tratado alguno, puede considerarse el Convenio como base jurídica para la extradición (artículo 10.2). En aras de evitar la impunidad, los Estados que denieguen la extradición de una persona por el delito de corrupción de agente público extranjero basándose únicamente en el hecho de que sea un nacional suyo deben someter el caso a las autoridades competentes para perseguir el delito (artículo 10.3).

Un elemento que debe destacarse positivamente es la incorporación de un mecanismo de monitoreo sobre la implementación y aplicación de la Convención. El mecanismo, consagrado en el artículo 12, se basa en un sistema de autoevaluación, configurado por las respuestas que los Estados parte otorguen a un cuestionario y de evaluación mutua examinado por el Grupo de Trabajo sobre Corrupción (WBG, por sus siglas en inglés) basado en la técnica denominada *presión paritaria* entre los Estados.

Respecto de este sistema de seguimiento y monitoreo, Chile ha sido evaluado en Fase 1, Fase 1 bis y Fase 1 ter, Fase 2, Fase 3 y Fase 4 por parte del WBG —conformado por 44 países— sobre el cumplimiento de la Convención, y como resultado de cada una de estas evaluaciones, nuestro país recibió recomendaciones, sobre las cuales debe seguir desarrollando acciones para su plena implementación.⁷⁹ En particular, en cuanto a la última evaluación, correspondiente a la Fase 4 en 2018, el WBG reconoce los esfuerzos que ha hecho Chile, como la obtención de la primera condena en materia de cohecho internacional, la promulgación de la Ley 21.121, el aumento de capacidades de Fiscalía y policías, el modelo de reporte de operaciones sospechosas en materia de lavado de activos y las capacitaciones a los funcionarios destinados al extranjero. No obstante, el WBG formuló en su informe nuevas recomendaciones a nuestro país para mejorar las estrategias frente al cohecho transnacional.

Conforme al procedimiento establecido, en diciembre de 2020, Chile presentó el informe escrito de *follow up* de Fase 4, en el cual se resumieron los esfuerzos de Chile para implementar las 48 recomendaciones y abordar las cuestiones de seguimiento identificadas durante su evaluación de 2018. Posteriormente, en marzo de 2021, se llevó a cabo la evaluación por parte del WBG a nuestro país en la etapa de seguimiento de la Fase 4, en que concluyó que Chile implementó completamente 2 recomendaciones, implementó parcialmente 18 recomendaciones y no implementó 28 recomendaciones. Entre las principales recomendacio-

79 La Fase 3 culminó con la evaluación de nuestro país en octubre de 2017, en París. En dicha oportunidad el, WBG decidió que Chile avanzara a la Fase 4 de evaluación. Además, se emitió una nota de prensa sobre la situación de nuestro país, la cual hizo hincapié en los avances del entonces proyecto de ley que «modifica el Código Penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando las penas, tipifica los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal; y la Ley 20.393», actual Ley 21.121.

nes pendientes, de las cuales Chile debe dar cuenta en 2023, podemos señalar las siguientes:

- Adoptar, de manera prioritaria, un marco regulatorio apropiado para proteger a los empleados del sector privado que denuncien sospechas de cohecho extranjero, de acciones discriminatorias o disciplinarias en su contra (recomendación 1.a).
- Brindar una protección adecuada y comprehensiva a los denunciantes en el sector público (recomendación 1.b).
- Adoptar medidas para asegurar que las sanciones contra las personas naturales sean efectivas, proporcionales y disuasivas en todos los casos de soborno extranjero en la práctica (recomendación 4.a).
- Ajustar la Ley 20.393 al anexo 1 de la Recomendación contra el Cohecho de 2009 mediante la eliminación de la defensa del modelo de prevención del delito (OPM) cuando el soborno es cometido por un individuo que tenga la máxima autoridad directiva de una persona jurídica (recomendación 6.a).
- Modificar la Ley 20.393 para asegurar que la independencia requerida de los encargados de prevención de delitos se determine sobre la base de todos los factores relevantes, y no solo al tamaño de los ingresos de la empresa (recomendación 6.c).
- Modificar su legislación para establecer claramente la jurisdicción territorial, y en atención a la nacionalidad, perseguir a las personas jurídicas por cohecho extranjero (recomendación 6.f).
- Modificar su legislación para prohibir a las personas naturales y jurídicas participar en cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo 8.1 de la Convención, y a sancionar dichas conductas con penas efectivas, proporcionales y disuasivas (recomendación 9.a).⁸⁰

80 Como vimos, se refiere a la prohibición de cuentas fuera de libros, de transacciones extracontables o de partidas del pasivo con una incorrecta identificación de su objeto, con el fin de corromper a agentes públicos de otros Estados o de ocultar tal corrupción.



Capítulo 2

El fenómeno de la corrupción en Chile

Introducción

A menudo escuchamos, aunque quizá cada vez menos, que Chile cuenta con una larga historia de probidad administrativa, y prueba de ello sería que durante las últimas décadas la democracia chilena ha sido reconocida internacionalmente por la solidez de sus instituciones y el establecimiento de normas anticorrupción de vanguardia en la región. Sin embargo, ello no implica que en la historia de Chile no haya sido constante la presencia de prácticas corruptas,¹ aunque no a un nivel sistémico.

Con todo, y reconociendo que este fenómeno se presenta de manera oculta y silenciosa, lo cual complejiza identificar con precisión cuántos casos de corrupción ocurren en la actualidad, existen indicadores internacionalmente aceptados para evaluar el nivel de corrupción en cada país y que darían cuenta de que Chile constituye un país de baja corrupción en el contexto latinoamericano. En efecto, el índice de percepción de corrupción de Transparencia Internacional, y los indicadores de gobernanza mundial efectuados por el Banco Mundial, permiten establecer dos conclusiones sobre la situación de la corrupción en el país.

La primera conclusión es que Chile posee una buena percepción de transparencia a nivel internacional,² sobre todo en el contexto latinoamericano. Sin embargo, son pocos los estudios y propuestas que se han

¹ Véase Guzmán Dalbora (2022), especialmente en el capítulo primero: «Antigüedad y persistencia de las prácticas corruptas en las capas dirigentes chilenas».

² El índice de percepción de la corrupción de 2021 ubicó a Chile en el puesto número 27 de un total de 180 países. Según esta medición, el país cuenta con un puntaje de 67, mientras que 100 es total transparencia. Se encuentra en el tercer lugar de América, junto con Estados Unidos y detrás de Canadá (13) y Uruguay (18). Véase «Índice...». Similar resultado entrega el indicador de gobernanza mundial 2019, en su dimensión sobre control de la corrupción, donde Chile recibe un puntaje de 1,09 en una escala de -2,5 y +2,5, siendo superado en América solo por Canadá (1,77), Uruguay (1,25) y Estados Unidos (1,22).



dedicado a intentar explicar las causas. Entre ellas, cabe señalar la de Silva (2018), quien en un riguroso análisis histórico estima que los siguientes factores explicarían la probidad que ha caracterizado a la función pública en Chile en comparación con otros países de la región:

1. La crudeza y larga duración de la guerra contra el pueblo mapuche en el sur, lo cual transformó a Chile en un lugar donde se concentraban militares españoles en busca de gloria y no riqueza y donde un cierto nivel de precariedad marcó parte importante de la historia del país.
2. La relativa pobreza y aislamiento geográfico que prefiguraron una nación exenta y libre de la «maldición de los recursos naturales», al menos hasta la guerra del Pacífico (1879-1884).
3. Las características propias de la aristocracia castellano-vasca que ejerció el poder y la preeminencia social que trajo al país un cierto sentido del esfuerzo y la austeridad.
4. Finalmente, un fuerte sentido patriótico que ha caracterizado a los chilenos y cuyo orgullo incluye la forma de actuar proba y correcta.

Por otro lado, como segunda conclusión, existe un estancamiento de la percepción y el control de la corrupción durante los últimos años, pues si bien el país presenta buenos indicadores a nivel comparado, al observar las series de tiempo de las principales mediciones es posible identificar que Chile no ha logrado mejorar sus puntuaciones durante los últimos años.

Ahora bien, la singularidad de Chile no se explicaría porque esté completamente exento de corrupción o porque sus instituciones democráticas se atengan siempre estrictamente al interés general. Esta se explica porque cada vez que casos de corrupción se revelan, surge una demanda de distintos sectores de la sociedad por proponer reformas institucionales que atenúen el riesgo de que vuelvan a repetirse y mejorar los mecanismos de persecución y sanción de los responsables.³ Esto es lo que se observa a la luz de nuestra historia reciente.

³ Un interesante relato sobre la forma de enfrentar el fenómeno de la corrupción por parte de la clase política en aquellos años, y con una adecuada contextualización de los casos, se encuentra en Del Solar (2021). Lo señalado a continuación se basa principalmente en dicho texto.



En efecto, en los últimos treinta años se han producido varias reformas institucionales y se ha robustecido considerablemente nuestro ordenamiento jurídico, parte de lo cual veremos a continuación. Sin embargo, la génesis de todo este proceso de verdadera modernización de nuestro Estado frente a la corrupción lo encontramos con el retorno a la democracia. En efecto, a finales del período presidencial de Patricio Aylwin se conocieron casos de corrupción de diversa índole y magnitud, cuyas investigaciones siguieron en curso una vez que asumió el nuevo gobierno de Eduardo Frei y nuevos casos se sumaron a los escándalos ya conocidos. Solo entre 1993 y 1994 la Contraloría General de la República recibió 241 denuncias por casos de corrupción,⁴ y es posible afirmar que la mayoría de los casos aparecen vinculados a la gestión de empresas estatales con fines de enriquecimiento ilícito o desviación de recursos para el financiamiento de campañas electorales, entre los que destacan el caso *ENAP*⁵ y el «Dakilazo».⁶ Esta situación llevó al presidente Eduardo Frei a convocar a una Comisión Nacional

4 «Ellas incluían casos a nivel municipal e irregularidades en empresas públicas como Codelco, RPC, Esval, Empremar, Emporchi y Enacar; servicios públicos como Digeder, Onemi, Ministerio de Bienes Nacionales, Servicio Nacional de la Mujer, Hospital Militar, Dirección de Previsión de Carabineros, Oficina Nacional del Retorno y Serviu de Concepción» (Rehren, 2002: 160).

5 Este caso que afectó a la Empresa Nacional de Petróleo (ENAP) consistió en un contrato para desmalezar el recinto de la Refinería de Petróleos de Concón de ENAP, con un sobreprecio considerable. Dicha diferencia de precio habría permitido financiar una campaña senatorial de quien era el ministro de Minería del gobierno de Patricio Aylwin y quien había perdido la elección senatorial de 1989.

6 Se trata del caso con mayor impacto mediático y político para la época, que podría haber conducido a la privatización de Codelco. Consistió en el manejo fraudulento de la política de ventas a futuro del cobre producido por la empresa estatal, la mayor productora mundial. En este caso, un operador de ventas a futuro llamado Juan Pablo Dávila provocó millonarias pérdidas a la empresa, a costa de su enriquecimiento personal. Así el caso fue conocido como el «Dakilazo», en el cual una investigación penal terminó con una condena por fraude al fisco y siete años de cárcel más otros tres años de reclusión nocturna. A lo anterior cabría agregar los casos que durante esta época se empezaban a descubrir y que habían sucedido durante la dictadura militar, especialmente el caso «Pinocheques», en el cual se descubrió que el general Pinochet había vendido a su hijo mayor una empresa del Ejército durante la dictadura. En 1989 el Ejército recompró dicha empresa a través de la emisión de tres cheques por un total de cerca de 3 millones de dólares a nombre de Augusto Pinochet hijo. El caso fue investigado por la Cámara de Diputados a contar de 1990 y luego por el Consejo de Defensa del Estado, investigación que no continuó a solicitud del presidente Frei por «razones de Estado».

de Ética Pública (CNEP) en abril de 1994,⁷ para que en el plazo de cien días propusiera reformas en torno al financiamiento de los partidos políticos y campañas electorales, contratos y licitaciones del Estado y conflictos de interés, e hiciera un catastro de aquellos actos reñidos con la ética pública que no estén tipificados como delitos. El informe de la Comisión concluyó en 1996 con 41 recomendaciones agrupadas en cinco capítulos: probidad funcionaria,⁸ conflicto de intereses, control y fiscalización,⁹ financiamiento de la actividad política y control social. Como se ha señalado (Del Solar, 2021: 32), la inmensa mayoría de sus recomendaciones no pudieron ser materializadas antes de que nuevos casos de corrupción generaran escándalo público y motivaran la creación de nuevas comisiones de expertos para sugerir medidas preventivas. Así, muchas medidas fueron reiteradas en algunos casos más de una vez en informes posteriores, mientras que otras que no estuvieron

7 Decreto 943, de 1994, del Ministerio del Interior. La Comisión se conformó por ocho personas designadas directamente por el presidente de la República: Ricardo Rivadeneira, militante de Renovación Nacional y miembro del Consejo de Defensa del Estado; Guillermo Arthur, militante de la Unión Demócrata Independiente y exministro del Trabajo de Pinochet; Óscar Godoy, académico del Instituto de Ciencia Política de la Universidad Católica; Máximo Pacheco Gómez, militante demócrata-cristiano y exsenador; Hernán Vodanovic, militante socialista y exsenador; Augusto Parra, militante radical y rector de la Universidad de Concepción; Eugenio Velasco, militante radical y miembro del Tribunal Constitucional; y Andrea Muñoz, académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. A ellos se sumaron el ministro Secretario General de la Presidencia, el presidente del Senado, el presidente de la Corte Suprema, el presidente del Tribunal Constitucional, el presidente de la Cámara de Diputados, el contralor general de la República y el presidente del Consejo de Defensa del Estado.

8 Dentro de este capítulo se encontraba la Recomendación 11, referida al «Poder Judicial y probidad», que incluía lo siguiente: «a) Mayor publicidad e información a los usuarios de los tribunales acerca de lo permitido y lo prohibido. b) Implementar sistema de reclamos y canales de denuncias de irregularidades. c) Promover internamente el valor del servicio público. d) Terminar con las prácticas de obtener favores o ventajas. e) Instar a la Corte Suprema a ejercer con mayor celo posible su potestad correccional y disciplinaria. f) Creación de la Academia Judicial. g) Mejoramiento de la carrera funcionaria».

9 En este capítulo se estableció la necesidad de tipificar correctamente el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, el uso indebido de información privilegiada, el nepotismo y el clientelismo. Además, se recomendó el fortalecimiento de mecanismos para favorecer las denuncias por actos de corrupción, la reforma al procedimiento penal para contar con procesos penales orales y la creación de un Ministerio Público y una Fiscalía Anticorrupción.

entre las recomendaciones de la CNEP se incluyeron solo más adelante. Estas últimas son, por ejemplo, el caso de la regulación del lobby y materias referidas a la corrupción en el sector privado. Otras regulaciones fueron perfeccionadas progresivamente a medida que ello aparecía en las recomendaciones de comisiones posteriores (por ejemplo, las declaraciones de intereses y patrimonio).¹⁰ Sin embargo una efectiva concreción del informe de la CNEP fue la Ley 19.653, de 1999, sobre Probidad Administrativa Aplicable de los Órganos de la Administración del Estado, la cual sobre todo: i) definió legalmente y volvió obligatorio el principio de probidad administrativa; ii) estableció la declaración de intereses de las principales autoridades y funcionarios; y iii) generó el primer avance en materia de transparencia de la información y acceso a la información pública. Así, se hizo obligatorio para algunas autoridades presentar declaraciones de patrimonio, aunque estas no eran públicas y su acceso era restringido. Además, se implementó un régimen de incompatibilidades e inhabilidades en la función pública y se sancionó administrativamente el tráfico de influencias.

En particular en materia penal, ya en 1996 se tipificó el delito de sustracción de caudales públicos a través de la Ley 19.450;¹¹ luego, en 1999, se aprobó la Ley 19.645, que modificó aspectos relevantes sobre delitos cometidos por funcionarios públicos. Las principales modificaciones se refirieron a la incorporación del delito de tráfico de influencias con sus respectivas sanciones, el aceptar beneficios para cometer un delito o para favorecer a un tercero en alguna operación en que el funcionario público tiene algún rol, el nombramiento de funcionarios inhabilitados para ejercer funciones públicas, el exigir beneficios para ejecutar un acto en función del cargo o el omitir realizarlos —rompiendo la estructural inherentemente bilateral del cohecho—, la revelación de información secreta o sensible, el uso de información secreta para beneficio personal o de terceros, además de la tipificación del soborno de particulares para lograr que un funcionario actúe o se omita de actuar en función de su cargo. También se estableció la facultad de un juez de levantar el secreto bancario de los involucrados para investigar este tipo de delitos.

¹⁰ Cabe recordar que la última reforma sobre los conflictos de interés y la obligación de declarar intereses y patrimonio fue la Ley 20.880 de 2015, luego de la reforma constitucional de 2009 (Ley 20.414), la cual estableció la obligación de desprenderse de activos que generen conflicto de interés o establecer un fideicomiso ciego.

¹¹ Fue modificado el año siguiente con la Ley 19.501.

Más tarde, a la luz del informe de la CNEP, se crearon dos instancias con escasa independencia, pero importantes para el control interno de la función pública: el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno (1997) y la Comisión para la Protección de los Derechos de las Personas (2001). Junto con ello, en 2002 se reforzaron las atribuciones fiscalizadoras de la Contraloría General de la República.

Como señalamos, muchas recomendaciones no alcanzaron a ser implementadas antes de la aparición de nuevos casos de corrupción entre 2002 y 2003. Uno de ellos fue el caso *Coimas*,¹² aunque sin duda fue el caso *MOP-Gate*¹³ el que tuvo mayor impacto a todo nivel. Sin embargo, lo positivo es que casos como estos mantuvieron la necesidad de seguir avanzando en la modernización de todo el aparataje público para implementar recomendaciones que ya venían de la década anterior. Así, bajo el mandato del presidente Ricardo Lagos se creó la Comisión Asesora Presidencial para el Fortalecimiento de los Principios de Probidad y Transparencia Pública, aunque con una composición que ahora incluía a centros de estudios como parte de la sociedad civil.¹⁴ La comisión de-

12 Descubierto por un reportaje periodístico en televisión, dio cuenta de irregularidades en el otorgamiento de revisiones técnicas a vehículos. Estas revisiones se realizan anualmente en plantas autorizadas para estos efectos, por lo que administrarlas puede resultar en un buen negocio. A raíz de esta primera investigación, un medio de prensa escrito decidió investigar cómo se otorgaban los permisos para instalar o administrar las plantas de revisión técnica, con lo cual se descubrieron sobornos a distinto nivel en la Administración del Estado, desde funcionarios municipales y parlamentarios hasta subsecretarios, identificando a autoridades e intermediarios. Carlos Filippi, empresario que estrenaba la administración de una planta de revisión técnica, denunció haber sido obligado a pagar 25.000 dólares al subsecretario de Transportes Patricio Tombolini, a través del diputado Víctor Rebolledo, quien actuó como intermediario.

13 Este caso, que tuvo veinticinco aristas, comenzó a develarse a raíz de un auto-robo cometido por la empresa Gate y que, producto de la investigación, logró determinarse que participaba en licitaciones fraudulentas para realizar pagos irregulares, conocidos como *sobresueldos*, entregados en efectivo a 79 funcionarios del Ministerio de Obras Públicas, por un monto total cercano a los 2 millones de dólares. La ampliación de la investigación y sus veinticinco aristas implicó la indagación de otras empresas que operaban también en esta trama de sobresueldos y en el uso de recursos adjudicados en licitaciones irregulares para el financiamiento de campañas políticas.

14 Decreto 77, de 2003, del Ministerio del Interior. Estaba integrada por Luis Bates, su presidente, en ese entonces presidente de Chile Transparente, el capítulo nacional de Transparencia Internacional; Rodrigo Medina, en el rol de secretario ejecutivo, miembro de Chile Transparente; Ángel Flisfisch, director ejecutivo del proyecto de reforma y modernización del Estado; Francisco Fernández, militante socialista y

bía elaborar un informe anual para presentar al presidente Lagos, sin perjuicio de que pudiera hacer recomendaciones o indicaciones en el intertanto. Pero solo catorce días después se diluyó su mandato con el anuncio de La Moneda de un acuerdo político alcanzado entre el oficialismo y la oposición para elaborar una agenda de reformas en materia de políticas anticorrupción y fomento del crecimiento económico. Por ello, el informe final de esta comisión, publicado cuatro meses después de su creación, fue acotado y determinado en buena medida por los acuerdos políticos que ya se habían negociado en el marco del acuerdo (Arís, Engel y Jaraquemada, 2018: 102).

Los resultados del acuerdo no tardaron en evidenciarse. Solo en 2003 se publicaron diez leyes promovidas por esta agenda, la más relevante fue la Ley 19.886 de 2003, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, que estableció un nuevo sistema de contratación pública. También a través de estas modificaciones se creó un registro de personas jurídicas que reciben donaciones del Estado, se restringieron los gastos de publicidad del Estado, los gastos reservados y las asignaciones a funcionarios. Se creó además la Comisión Especial Mixta de Presupuestos en el Congreso de manera permanente, se modificó la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado con algunas disposiciones tendientes a fomentar mayores niveles de probidad, y se creó el Sistema de Alta Dirección Pública para incluir la variante de selección por mérito de los cargos directivos del sector junto con la confianza política en servicios más bien técnicos o ejecutores de políticas públicas. Pero sus resultados también llegaron a nivel constitucional, toda vez que se estableció la creación de comisiones especiales investigadoras en la Cámara de Diputados, que, como bien se ha señalado, más allá del uso mediático o sustantivo que se les dé a estas instancias, el diseño institucional consolidaba un principio básico del Estado de derecho referente a la fiscalización de los actos de

miembro del Comité de Defensa de los Derechos del Ciudadano; Alberto Arenas, también militante socialista y subdirector de Presupuestos; Gonzalo Sánchez, director del Consejo de Auditoría Interna de Gobierno; José Zalaquett, abogado de derechos humanos; Ángela Vivanco, académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica; Salvador Valdés, del Centro de Estudios Públicos; Eugenio Guzmán, del centro de pensamiento Libertad y Desarrollo; Francisco Cox, director de Acción Empresarial; y Patricio Zapata, vicedecano de la Facultad de Estudios Públicos de la Universidad Andrés Bello.

gobierno. Asimismo, en 2005 se consagraron a nivel constitucional los principios de probidad y publicidad.

Sin embargo, los casos de corrupción continuaron, como el caso *Chiledeportes*¹⁵ y el caso *Publicam*,¹⁶ razón por la cual en 2006 la presidenta Michelle Bachelet creó informalmente —es decir, sin decreto u otro instrumento legal— la Comisión de Probidad y Transparencia, con la misión de colaborar en la generación de propuestas relacionadas con la transparencia, la regulación del lobby, el financiamiento de la política y la modernización de la gestión pública, en un plazo de tan solo dos semanas (Arís, Engel y Jaraquemada, 2018: 104).¹⁷ Dado tan escueto plazo, no era de sorprender que el informe de dicha Comisión expresamente dejara sin abordar medidas que tuvieran que ver con la persecución penal de la corrupción.¹⁸ Quizá ese mismo factor jugó en contra de proponer medidas específicas en materia de financiamiento electoral, pese a

15 En este caso, la Contraloría General de la República detectó irregularidades en 70 de 77 proyectos financiados por esta entidad del Estado encargada de la promoción del deporte, en los que se adjudicaban fondos a proyectos inexistentes para financiar actividades políticas. La investigación determinó más tarde que 114 proyectos más, que habían sido adjudicados en 2005, también habían sido utilizados para cometer fraude.

16 Una de las empresas que participaba de las licitaciones de Chiledeportes era Publicam, que mientras era investigada dejó ver su participación en otro ilícito, la venta de facturas ideológicamente falsas para rendir gastos y así evadir impuestos. El problema es que dos de las facturas de Publicam habían sido presentadas como justificación de gastos electorales en el nuevo sistema de control de gasto electoral en la campaña del senador Guido Girardi, quien no obstante alegó desconocimiento total de los hechos, mientras que su administrador electoral fue condenado a 541 días de pena remitida. El hecho generó una investigación más amplia para detectar «empresas fantasma», como fueron conocidas, que colaboraban con la emisión de este tipo de documentos.

17 Los miembros de esta comisión fueron su presidente, Alejandro Ferreiro, ministro de Economía; Enrique Barros, abogado integrante de la Corte Suprema; Carlos Carmona, director de la División Jurídica del Ministerio Secretaría General de la Presidencia; Davor Harasic, presidente de Chile Transparente; María Olivia Recart, subsecretaria de Hacienda; Salvador Valdés, del Centro de Estudios Públicos y académico de la Universidad Católica; y José Zalaquett, abogado de derechos humanos.

18 Según se lee en el propio informe, se optó por no abordar este tema en medio de disputas públicas sobre ilícitos que se habrían cometido, en clara alusión a los casos «Chiledeportes» y las empresas fantasma, además de las aristas del caso MOP-Gate que aún no se cerraban (Arís, Engel y Jaraquemada, 2018: 104).

que la creación de esta instancia estuvo motivada precisamente por irregularidades vinculadas con el uso de recursos en campañas políticas.¹⁹

Sin embargo, dentro de las treinta propuestas, sí fue un aporte relevante el plantear la creación de una ley de transparencia con obligaciones de transparencia pasiva y activa, y la creación de un órgano garante del derecho de acceso a información pública.²⁰ Esta recomendación fue importante para concretar más adelante una reforma en este sentido, habida cuenta de un fallo de la Corte Interamericana en contra de Chile, conocido como *Claude Reyes y otros con Chile*,²¹ y la entonces reciente

19 Si bien se señaló en el informe la relevancia de dotar al sistema de mayor transparencia en la relación entre dinero y política, no se logró proponer mecanismos concretos para hacerlo. El informe, que reconoció la falta de acuerdo al interior de la comisión, se limitó a señalar que era necesario crear una dirección de fiscalización electoral, aumentar el control y la fiscalización del gasto electoral, restringir los aportes anónimos y crear un nuevo mecanismo para donaciones reservadas, junto con aplicar la norma a las elecciones primarias y regular la intervención electoral. Incluso, propuso el «cumplimiento estricto de la ley» recién creada en 2003, una propuesta muy poco ambiciosa para las dificultades y opacidades que el sistema ya evidenciaba por esos años (Arís, Engel y Jaraquemada, 2018: 105).

20 El resto de las medidas consistía en extender la cobertura del Sistema de Alta Dirección Pública, perfeccionar el gobierno corporativo del Servicio Civil, fortalecer los procedimientos de selección y otorgarle nuevas funciones al Consejo de la Alta Dirección Pública. Por otra parte, se propusieron una serie de medidas, como la creación de un sistema de protección al denunciante, regular la puerta giratoria entre el sector público y el privado, fortalecer las comisiones de ética en el Congreso, corregir vacíos en la regulación de los conflictos de intereses y crear una ley que regulara el lobby.

21 Se trata del primer fallo de una corte internacional que de manera expresa reconoce el derecho al acceso a la información como incluido en la libertad de expresión. El caso se originó en una negativa del Comité de Inversiones Extranjeras (CIE), en 1998, de entregar información referente a un proyecto forestal denominado Río Cándor, rechazo que fue refrendado por el Poder Judicial. A raíz de ello, en 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado de Chile por haber contravenido la Convención Interamericana de Derechos Humanos en sus artículos 13 y 25, que consagran el derecho a la libertad de expresión y pensamiento y el derecho a la protección judicial, respectivamente. Aun así, en sus razonamientos el tribunal valoró los avances de Chile en la materia, destacando la reforma constitucional y el proyecto de ley que en ese entonces estaba en trámite en el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública, y que finalmente se convertiría en la Ley 20.285. Por ello, dicha promulgación se entendió por parte de la Corte Interamericana como el cumplimiento de la obligación establecida al Estado de Chile de adoptar medidas para garantizar la vigencia y respeto del derecho de acceso a la información. Un análisis extenso del caso se encuentra en Precht (2021).

reforma constitucional de 2005, que había consagrado el principio de publicidad. Fue así entonces que en 2008 se publicó la Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, que permitió efectivamente concretar este derecho.²² Además, creó el Consejo para la Transparencia como organismo autónomo y especializado en garantizar el ejercicio de ese derecho. Más tarde, recién en 2014, luego de once años de tramitación legislativa, se publicó la Ley 20.730, que Regula el Lobby y las Gestiones que Representen Intereses Particulares ante las Autoridades y Funcionarios.

En este recuento debemos necesariamente remitirnos a los años 2014 y 2015, cuando vuelven a surgir grandes casos de corrupción, pero esta vez de manera mucho más transversal. Es decir, no se trata de casos puntuales de alto impacto, sino de un conjunto de hechos que reflejan la debilidad de nuestra institucionalidad y normativa en varios aspectos. Nos referimos aquí a los casos de Corpesca, Penta, SQM y Caval en Chile. Ahondaremos brevemente en ellos, ya que su reciente aparición y el directo impacto que tuvieron en las últimas propuestas y modificaciones hacen imprescindible su conocimiento para comprender los avances y desafíos pendientes.²³

El primero fue el caso Corpesca, que comenzó a develar la forma en que se financiaba la política en Chile, esto es, mediante fraudes tributarios vinculados posiblemente al soborno de autoridades por parte de empresas. El caso se originó con la tramitación de la Ley de Pesca, ingresada a tramitación en 2011, que proponía renovar licencias de cuotas de extracción de especies marinas establecidas en una anterior ley de 2002, y que estaban por expirar. El proyecto era fuertemente resistido por grupos de pescadores artesanales, quienes denunciaban una excesiva concentración de los derechos de explotación en cuatro grupos empresariales que controlaban el 75% de la capacidad pesquera industrial de Chile,

²² La reforma de 1999 no había sido suficiente, ya que se vio severamente afectado y restringido el ejercicio del derecho por dos grandes razones. Primero, porque era necesario recurrir a los tribunales de justicia frente a cualquier denegación de información. Segundo, porque si bien se establecía un claro procedimiento, con etapas y plazos para acceder a documentos en poder del Estado, en la propia ley se facultaba a los organismos públicos a declarar por vía reglamentaria las causales de reserva de la información (Del Solar, 2021: 33).

²³ Un detalle de estos casos, en el que se basa este resumen —aunque solo actualizado a 2018—, se encuentra en Arís, Engel y Jaraquemada (2018: 15-18).

con utilidades por sobre los 3.000 millones de dólares anuales, por lo que surgieron varias denuncias de lobby y presiones indebidas que la industria pesquera podía ejercer en el Ejecutivo y los legisladores. En 2013, con la ley ya aprobada, en el marco de una investigación por mal uso de las asignaciones parlamentarias, un exasesor de la entonces diputada Marta Isasi declaró que la diputada había recibido 40.000 dólares de la empresa Corpesca por concepto de informes que él hacía, pero cuyos pagos finalmente redirigía a la diputada. Pese a que ella negó los hechos, se acreditó su participación por correos electrónicos, inicialmente entre su asesor y el gerente general de Corpesca, Francisco Mujica, pero luego entre este último y la propia diputada, en los que ella solicitaba un adelanto de un pago que estaría comprometido y se alegraba por el resultado de la tramitación de la ley de acuerdo con los intereses de la empresa. «Al final surtió efecto mi trabajo», fueron sus palabras textuales. Mujica renunció a Corpesca en 2013 y fue demandado por el Consejo de Defensa del Estado (CDE) por el pago de sobornos. Por su parte, el Servicio de Impuestos Internos (SII) se querelló contra él por delitos tributarios.

Otro parlamentario involucrado en el caso fue Jaime Orpis, luego de que Ministerio Público detectara en la investigación que tres asesores del entonces senador recibieron pagos de Corpesca usando el mismo mecanismo de entrega de informes a la empresa a cambio de dinero que luego se redirigía a las cuentas de la autoridad. El monto determinado por la Fiscalía alcanzó los 350.0000 dólares en un período de cinco años. Orpis reconoció públicamente que solicitó apoyo para financiar de manera irregular su campaña, pero descartó que este aporte de la pesquera haya influido en sus votaciones. Su defensa buscó aprovechar un vacío que tenía la legislación chilena en aquel entonces en la determinación del cohecho, que planteaba que es necesario comprobar que existió una contraprestación de la autoridad a cambio de los pagos recibidos, es decir, una acción de la autoridad beneficiada que estuvo motivada por el pago.²⁴ Además, se imputó responsabilidad directamente a Corpesca como persona jurídica por incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión en relación con los sobornos a ambos parlamentarios y gestionados directamente por su gerente general.

²⁴ Efectivamente este caso fue uno de los antecedentes para tipificar luego, a través de la Ley 21.121, el llamado «cohecho en razón del cargo» en el artículo 248 del Código Penal.

El caso concluyó con sendas penas. Primero, Francisco Mujica aceptó los cargos y fue condenado en juicio abreviado a tres años de pena remitida por soborno. Luego, en un largo juicio oral, fueron condenados Marta Isasi, Jaime Orpis y la empresa Corpesca. La diputada Isasi fue condenada a cincuenta días de prisión, más la pena de un año y cinco meses de suspensión para cargos u oficios públicos, la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante la condena, y una multa de la mitad del monto solicitado, equivalente a 20 millones de pesos, en calidad de autora de un delito consumado de cohecho. En tanto, Jaime Orpis fue condenado a la pena única de cinco años y un día de presidio efectivo como autor de seis delitos consumados de fraude al fisco (por el mecanismo de pago a sus asesores) y a seiscientos días como autor de dos delitos consumados de cohecho por los montos recibidos desde Corpesca.²⁵ Por último, la propia empresa fue condenada como persona jurídica a pagar una multa de 10.000 unidades tributarias mensuales, más la accesoria de obligación de publicar:

Un extracto de esta sentencia, a su costa, en un diario de circulación nacional, en cuanto penalmente responsable en relación con los delitos de soborno, perpetrados por su gerente general Francisco Mujica, entre los años 2010 y 2013; y en relación con los delitos de cohecho por los cuales resultaron condenados Jaime Orpis y Marta Isasi, desde la vigencia de la Ley 20.393.²⁶

El siguiente escándalo corresponde al caso Penta, que se conoció en el segundo semestre de 2014, a propósito de una investigación conocida como «Fraude al FUT», en la que estaba involucrado un funcionario del Servicio de Impuestos Internos que, aprovechando las falencias del sistema informático del servicio, ingresaba pérdidas ficticias y gastos inexistentes a los registros de empresas para rebajar su carga tributaria y los impuestos que debían pagar al Estado. La investigación reveló el rol

²⁵ El Tribunal aplicó además a Orpis las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos, la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos y la inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos por el tiempo de duración de la condena, más el pago de una multa del 5% de lo defraudado, equivalente a 5.983.790 pesos. Se trata de la condena más alta impuesta a un parlamentario en la historia de Chile.

²⁶ Este fallo marcó un precedente dentro de la escasa jurisprudencia de la Ley 20.393, toda vez que se trató de la primera condena en juicio oral respecto de una persona jurídica que sí contaba, formalmente, con un modelo de prevención de delitos.

del entonces gerente del grupo Penta, Hugo Bravo, *holding* que pagaba para distorsionar sus registros tributarios por esta vía irregular, y cuyo testimonio abrió la arista política del caso, pues reconoció que la empresa financiaba a diferentes políticos a cambio de boletas de honorarios por servicios que no eran prestados. Este mecanismo le permitía a la empresa aumentar sus gastos y así reducir su carga tributaria, de modo que a los involucrados se los investigó por fraude tributario y evasión de impuestos.²⁷

El SII estimó el monto defraudado en 2,5 millones de dólares, y los nombres de los políticos acusados de participar en esta trama involucraban a distintos partidos políticos.²⁸ En paralelo, investigaciones periodísticas de diversos medios de comunicación aportaban diariamente nuevos antecedentes: nombres, detalles de negociaciones, correos electrónicos filtrados, etcétera. Entre estos antecedentes destacó la participación de Pablo Wagner, quien junto a familiares directos entregaron al grupo Penta una serie de boletas por servicios no prestados por un monto total cercano a los 100.000 dólares en el período en el que Wagner se desempeñaba como subsecretario de Minería en el primer gobierno de Sebastián Piñera. Según el Ministerio Público, Pablo Wagner habría favorecido, desde su cargo de autoridad, el desarrollo del proyecto Minera Dominga, como también habría entregado información privilegiada a uno de los dueños de Penta, Carlos Eugenio Lavín. A este último, Wagner lo habría promocionado al interior del gobierno para que fuera nombrado director de la minera estatal Codelco.

Sin embargo, ninguno de los involucrados terminó condenado por delitos de cohecho.²⁹ Los dueños del grupo Penta, Carlos Eugenio Lavín y Carlos Alberto Délano, fueron condenados por delitos tributarios cada uno a cuatro años de libertad vigilada intensiva, 857.084.267 de pesos de multa y, como parte de las condiciones del programa de intervención

27 Debe tenerse presente que en ese momento no existía legislación que tipificara como delito electoral esta clase de conductas.

28 Aparecieron involucrados reconocidos militantes de la Unión Demócrata Independiente (UDI), Renovación Nacional (RN), del recientemente formado partido Ciudadanos, de la Democracia Cristiana (DC), algunas figuras de la antigua Concertación e incluso un ministro de la Nueva Mayoría.

29 Una de las razones principales que impidió sancionar por cohecho fue la necesidad de acreditar la conexión de estos pagos con el favorecimiento de la autoridad en relación a una actuación específica, lo que volvió a relevar la necesidad de tipificar el cohecho «en razón del cargo», que se concretaría luego con la Ley 21.121.

de la pena sustitutiva, la participación en un programa formativo sobre ética en la dirección de empresas. Por su parte, Pablo Wagner también fue condenado por delitos tributarios a la pena de tres años de remisión condicional, 42 millones de pesos de multa, inhabilidad para ejercer cargos públicos y la suspensión de cargo público por cuatro años. Además, fue condenado por el delito de enriquecimiento ilícito a un año de pena remitida y otras penas accesorias.

La investigación del caso Penta reveló otro caso de financiamiento ilegal de la política: el caso Soquimich o SQM. El testimonio dado por una cuñada de Wagner a la Fiscalía, en el marco del caso Penta, permitió detectar que también se emitían boletas ideológicamente falsas a la minera SQM, empresa cuya historia de cuestionamientos en Chile es amplia y de larga data, pues su principal controlador, Julio Ponce Lerou, se hizo de la empresa en el irregular proceso de privatizaciones llevado a cabo por la dictadura militar, cuando era yerno de Augusto Pinochet.

El gran impacto de este caso se explica porque los aportes irregulares de SQM se repartían transversalmente dentro de todo el espectro político, incluyendo al entonces ministro del Interior, Rodrigo Peñailillo, con la entrega de boletas a la empresa minera. Además, el proceso de investigación provocó serias dudas respecto del interés genuino de la institucionalidad por establecer las sanciones correspondientes. El problema de corrupción que se había instalado como una preocupación pública en Chile ya no estaba circunscrito al descubrimiento de estos casos, sino que ahora se adicionó la sensación de impunidad por la escasa efectividad de las instituciones para perseguir y sancionar los ilícitos detectados. De hecho, el financiamiento ilegal no era considerado un delito bajo la ley electoral vigente, por lo que se persiguió bajo la figura tributaria de «boleta ideológicamente falsa», es decir, servicios que nunca se prestaron, pero que permitían rebajar impuestos, con el consecuente fraude fiscal.

A diferencia de lo que ocurrió con el caso Penta, el SII tuvo un rol menos activo en la investigación del caso SQM, ya que no se querelló ante la justicia, omisión que le impidió a la Fiscalía continuar con la titularidad de la investigación. Lo mismo ocurrió con otras empresas que hicieron las debidas correcciones a sus declaraciones de impuestos. En abril de 2017, el SII envió a varias de las empresas investigadas en el marco de los casos Penta y SQM un acta de denuncia, en la que se establecía un plazo de diez días hábiles para presentar sus descargos ante el Tribu-

nal Tributario y Aduanero, o bien para allanarse a los cobros de multa por infracciones tributarias que correspondieran. La opción entonces del SII fue privilegiar la sanción pecuniaria a las empresas involucradas y desistir de la arista penal, pese a que en Chile el titular de la denuncia penal por delitos tributarios corresponde exclusivamente a este servicio. Las empresas Comercial Eccsa S. A. (Ripley), Banco de Crédito e Inversiones (BCI) y Watts, que habían entregado aportes irregulares a la campaña del candidato presidencial Laurence Golborne, se acogieron a este procedimiento ofrecido por el SII, reconociendo que desde 2009 habían usado un mecanismo fraudulento para aportar a la política y que, con esta acción del SII, solo pagaban una multa para eximirse de una investigación penal que pudiera establecer la comisión de delitos.

Esta estrategia provocó una serie de reacciones en el debate público y en el movimiento de autoridades. El entonces director del Servicio de Impuestos Internos, Michel Jorratt, que había participado en la campaña presidencial de Michelle Bachelet, fue removido de su cargo, luego de lo cual denunció presiones del ministro del Interior, Rodrigo Peñailillo, para no presentar la querrela que la Fiscalía solicitaba para continuar la investigación del caso SQM.³⁰

La remoción se produjo en mayo de 2015, justamente cuando se conoció que él había prestado servicios para la empresa del mayor recaudador de dineros para la campaña presidencial de la Nueva Mayoría, Giorgio Martelli. Su empresa recibió aportes por 380.000 dólares de parte de SQM Salar entre 2012 y 2013. Sin embargo, el SII solo se querreló contra Martelli y no contra la empresa Asesorías y Negocios SpA. Así, Martelli se sometió a un juicio abreviado y recibió una condena de 800 días de presidio remitido y el pago de 4.500 dólares de multa. Con todo, el caso ha seguido judicialmente con la acusación del Ministerio Público y las querrelas inicialmente presentadas por el SII. La acusación se presentó en 2018, la preparación del juicio oral se extendió por trece meses y en enero de 2023 se inició el juicio oral.³¹

30 Entre los antecedentes que reveló Jorratt, indicó que el ministro del Interior le había dicho que si era necesario el SII debía «retirar con camiones» desde las oficinas de SQM toda la información contable que involucrara el financiamiento irregular a participantes de la campaña electoral de la entonces presidenta Bachelet.

31 Se trata de la acusación por delitos tributarios y cohecho en contra de ocho personas, incluidas entre ellas el ex gerente general de SQM, Patricio Contesse, el exsenador Pablo Longueira y el ex candidato presidencial Marco Enríquez-Ominami.



Finalmente, en febrero de 2015 se empezó a conocer del denominado «caso Caval», cuando un reportaje periodístico reveló un cuarto escándalo, en un reportaje titulado «Un negocio Caval», que daba cuenta de un préstamo de 10 millones de dólares por parte del Banco de Chile a la empresa Caval, de propiedad de Natalia Compagnon, casada con Sebastián Dávalos, hijo de la presidenta Bachelet. El préstamo se utilizó para comprar terrenos en la comuna de Machalí, en la zona central de Chile, que aumentarían su valor a raíz del cambio de uso de suelo que se discutía en ese entonces. Su venta, por 15 millones de dólares, ya había sido acordada en un contrato de promesa de compraventa.³²

Estos verdaderos escándalos de 2014 y 2015 llevaron a posicionar a la corrupción como un problema público relevante entre los chilenos. De hecho, el 28% de la población en marzo de 2015 lo consideraba uno de los tres problemas más graves a los cuales debía avocarse el gobierno, mientras que en los cuatro años anteriores nunca ese porcentaje alcanzó más del 15%.³³ De ahí entonces que la presidenta Michelle Bachelet creara en marzo de 2015 el Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción (Consejo Anticorrupción o CAP).³⁴ Este consejo contó con dieciséis miembros, de profesiones y preferencias políticas diversas.³⁵ En un plazo de 45 días, el CAP preparó

32 El reportaje señalaba, además, que el crédito había sido aprobado un día después del triunfo en segunda vuelta de Michelle Bachelet, y artículos de prensa posteriores agregaron al debate público otros indicios de irregularidades, como la constatación de que el crédito había sido negociado directamente por el vicepresidente del Banco de Chile, Andrónico Luksic, en una reunión presencial con Compagnon y Dávalos.

33 Centro de Estudios Públicos, «Estudio Nacional de Opinión Pública 62 a 81», disponible en <https://www.cepchile.cl/>.

34 Decreto 2, de 2015, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Más información sobre el Consejo se encuentra en sitio web oficial del CAP: <http://consejoanticorrupcion.cl/>.

35 Sus miembros fueron: Agustín Squella, abogado y académico; Álvaro Castañón, abogado y coordinador legislativo de la Fundación Ciudadano Inteligente; Andrea Repetto, economista, académica y miembro del directorio de Espacio Público; Benito Baranda, psicólogo y director de la Fundación América Solidaria; Claudio Fuentes, cientista político y académico; Daniel Zovatto, cientista político y director de Idea Internacional; Alfredo Etcheberry, abogado y académico; José Andrés Murillo, filósofo y presidente de la Fundación para la Confianza; Lucas Sierra, abogado, académico y subdirector del Centro de Estudios Públicos; Manuel Riesco, economista y director del Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo; Marcela Ríos, cientista política, oficial a cargo del Programa de Gobernabilidad del

un informe con 236 medidas concretas, organizadas en 21 áreas temáticas agrupadas en cinco grandes capítulos: prevención de la corrupción, regulación de conflictos de interés, financiamiento de la política, confianza en los mercados e integridad, ética y derechos ciudadanos.³⁶

Como consecuencia del informe, se elaboró entonces la Agenda de Probidad y Transparencia, que se tradujo en dieciocho proyectos de ley, ocho de los cuales ya estaban en tramitación legislativa. La **tabla 1** muestra los proyectos de ley relacionados con dicha agenda y el estado actual de las respectivas iniciativas.

Tabla 1. Tramitación legislativa de la Agenda de Probidad y Transparencia de 2015

Fecha de ingreso	Proyecto de ley	Estado actual del proyecto
Mayo de 2011	Probidad en la Función Pública (Boletín 7.616-06).	Ley 20.880, sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses (publicada el 5 de enero de 2016).
Abril de 2012	Proyecto de ley de reforma constitucional para limitar la reelección de las autoridades (Boletín 8.221-07)	Ley 21.238, Reforma Constitucional para Limitar la Reelección de las Autoridades que Indica (publicada el 8 de julio de 2020).
Agosto de 2012	Modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones y leyes complementarias, para establecer un sistema de aportes al espacio público aplicable a los proyectos de construcción (Boletín 8.493-14).	Ley 20.958, establece un Sistema de Aportes al Espacio Público (publicada el 15 de octubre de 2016).
Julio de 2013	Crea la Comisión de Valores y Seguros (Boletín 9.015-05).	Ley 21.000, crea la Comisión para el Mercado Financiero (publicada el 23 de febrero de 2017).

Programa de Naciones Unidas en Chile y directora de Espacio Público; Olga Feliú, abogada y exsenadora; Paulina Veloso, abogada y consejera del Consejo de Defensa del Estado; Rosanna Costa, economista y subdirectora del centro de estudios Libertad y Desarrollo; Vittorio Corbo, economista, investigador asociado *senior* del Centro de Estudios Públicos y expresidente del Banco Central de Chile; y Eduardo Engel, economista, académico y presidente de Espacio Público, quien fue designado por la presidenta Bachelet para presidir este consejo.

³⁶ Cabe destacar que, dada la relevancia del tema y el mayor protagonismo de la sociedad civil en la construcción de medidas y seguimiento de sus implementaciones, se creó también el Observatorio Anticorrupción (Observatorio u OAC), creado por Espacio Público y Ciudadano Inteligente en noviembre de 2015. Este observatorio se instaló como una instancia mediadora entre la actividad legislativa y la ciudadanía, acercando las discusiones que se daban en el Congreso a los líderes de opinión, medios de comunicación, organizaciones de la sociedad civil y ciudadanos en general. Asimismo, ha elaborado informes periódicos con el estado de implementación de las propuestas de la CAP. Véase <https://observatorioanticorrupcion.cl/>.

Tabla 1. Tramitación legislativa de la Agenda de Probidad y Transparencia de 2015 (continuación)

Fecha de ingreso	Proyecto de ley	Estado actual del proyecto
Septiembre de 2014	Proyecto de ley que crea el cargo de fiscal especial de alta complejidad en el Ministerio Público (Boletín 9.608-07).	En primer trámite constitucional en el Senado. Sin movimiento desde mayo de 2015.
Diciembre de 2014	Fortalecimiento y Transparencia de la Democracia (Boletín 9.790-07).	Ley 20.900, para el Fortalecimiento y Transparencia de la Democracia (publicada el 14 de abril de 2016).
Enero de 2015	Reforma constitucional que otorga autonomía al Servicio Electoral (Boletín 9.840-07)	Ley 20.860, Reforma Constitucional que Otorga Autonomía Constitucional al Servicio Electoral (publicada el 20 de octubre de 2015).
Marzo de 2015	Modifica el Decreto con Fuerza de Ley 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (Boletín 9.950-03).	Ley 20.945, perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia (publicada el 30 de agosto de 2016).
Abril de 2015	Establece la cesación en los cargos de parlamentarios, alcaldes, consejeros regionales y concejales por infracción a las normas sobre transparencia, límites y control del gasto electoral (Boletín 10.000-07).	Ley 20.870, establece la cesación en los cargos de parlamentario, alcalde, consejero regional y concejal, por infracción grave a las normas sobre transparencia, límites y control del gasto electoral (publicada el 16 de noviembre de 2015).
Mayo de 2015	Modifica disposiciones aplicables a los funcionarios municipales y entrega nuevas competencias a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (Boletín 10.057-06).	Ley 20.922, modifica disposiciones aplicables a los funcionarios municipales y entrega nuevas competencias a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (publicada el 25 de mayo de 2016).
Mayo de 2015	Crea el plan de formación ciudadana para los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado (Boletín 10.043-04).	Ley 20.911, Crea el Plan de Formación Ciudadana para los Establecimientos Educacionales Reconocidos por el Estado (publicada el 2 de abril de 2016).
Junio de 2015	Proyecto de ley que previene y sanciona los conflictos de intereses, y modifica normas sobre inhabilidades en el ejercicio de la función pública (Boletín 10.140-07).	En primer trámite constitucional en el Senado. Sin movimiento desde enero de 2018.
Junio de 2015	Proyecto de ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios (Boletín 10.155-07).	Ley 21.121, modifica el Código Penal y Otras Normas Legales para la Prevención, Detección y Persecución de la Corrupción (publicada el 20 de noviembre de 2018).*
Junio de 2015	Proyecto de ley que modifica las leyes 18.045 y 18.046, para establecer nuevas exigencias de transparencia y reforzamiento de responsabilidades de los agentes de los mercados (Boletín 10.162-05).	Ley 21.314, Establece nuevas exigencias de transparencia y refuerza las responsabilidades de los agentes de los mercados, regula la asesoría previsional, y otras materias que indica (publicada el 13 de abril de 2021).

Tabla 1. Tramitación legislativa de la Agenda de Probidad y Transparencia de 2015 (continuación)

Fecha de ingreso	Proyecto de ley	Estado actual del proyecto
Junio de 2015	Proyecto de ley sobre transparencia del mercado del suelo e incrementos de valor por ampliaciones del límite urbano (Boletín 10.163-14).	Ley 21.078, Sobre transparencia del mercado del suelo e impuesto al aumento de valor por ampliación del límite urbano (publicada el 15 de febrero de 2018).
Junio de 2015	Proyecto de ley que crea la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas (Boletín 10.126-15).	Ley 21.044, crea la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas (publicada el 25 de noviembre de 2017).
Junio de 2015	Fortalece el carácter público y democrático de los partidos políticos y facilita su modernización (Boletín 10.154-07).	Ley 20.915, Fortalece el carácter público y democrático de los partidos políticos y facilita su modernización (publicada el 15 de abril de 2016).
Julio de 2015	Perfecciona el Sistema de Alta Dirección Pública y fortalece la Dirección Nacional del Servicio Civil (Boletín 10.164-05).	Ley 20.955, Perfecciona el Sistema de Alta Dirección Pública y fortalece la Dirección Nacional del Servicio Civil (publicada el 20 de octubre de 2016).

* En estricto rigor, el Boletín 10.155-07 se refundió con una moción de la Cámara de Diputados de marzo de 2015, correspondiente al 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 (Boletín 9.956-07), que técnicamente no tuvo más tramitación, porque se continuaron abordando las materias en otro proyecto, que correspondía a una moción del Senado, de junio de 2016, y que correspondía al proyecto que modifica el Código Penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando las penas, tipifica los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal; y la Ley 20.393, que Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica (Boletín 10.739-07). Finalmente, este boletín fue el que se aprobó como la Ley 21.121, pero recogiendo las materias de los tres proyectos.
Fuente: Elaboración propia.

Si bien la envergadura de los temas tratados hace imposible aquí un mayor análisis, solo destacaremos tres áreas que tienen, o debiesen tener, alguna incidencia en el ámbito penal, y cuál ha sido su evolución.

Así, en el capítulo 1 del informe, denominado «Prevención de la corrupción», la propuesta d) aborda directamente la persecución y sanción penal de la corrupción. En este caso, las propuestas apuntaron a adecuar penas, tipificar delitos y ajustar las prescripciones a estándares internacionales; crear una Fiscalía de Alta Complejidad para investigar y perseguir delitos de corrupción, y fortalecer la capacidad investigativa en materia de corrupción de la Policía de Investigaciones de Chile. Respecto de esta materia, sus resultados han sido dispares. Por un lado, se ha dado cabal cumplimiento a su primera parte, en cuanto a la adecuación de penas, tipificación de delitos y normas especiales en materia de prescripción en virtud de la Ley 21.121 de 2018, que introdujo profundas modificaciones en el Código Penal, y que se analizará en detalle más

adelante.³⁷ Sin embargo, y en absoluto contraste, el resto de las medidas presentan escaso, si no nulo, avance. En efecto, la creación de una Fiscalía de Alta Complejidad buscaba, de acuerdo a la propuesta, dotar al Ministerio Público de facultades y recursos necesarios para abordar la investigación y persecución de delitos de corrupción en el marco del plan de fortalecimiento del Ministerio Público. Si bien ya en septiembre del 2014 se había ingresado un Mensaje del Ejecutivo con dicha finalidad, el proyecto no ha tenido avances desde 2015, continuando en primer trámite constitucional (Boletín 9.608-07). En el caso del fortalecimiento de la Policía de Investigaciones, no hay antecedentes de una iniciativa, sea legal, administrativa o de otra índole en ese sentido. Lo mismo ocurre con otras propuestas sobre la materia, como la de homologar las técnicas investigativas que se contemplan en la persecución de delitos de lavado de activos con las destinadas a investigar corrupción, o la generación de un sistema oficial de estadísticas que permita dar seguimiento a la incidencia de los delitos de corrupción.

También en el mismo capítulo 1 del informe, en la propuesta f), se establecen recomendaciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La misma Ley 21.121 de 2018 permitió implementar parte de dichas recomendaciones, al aumentar considerablemente las multas aplicables a las personas jurídicas³⁸ e incorporar nuevas penas accesorias, como el comiso por equivalencia y de comiso de las ganancias obtenidas del ilícito.³⁹ Sin embargo, el informe planteó muchas otras que aún no se han implementado. Así por ejemplo, se propuso que sea obligatorio para las personas jurídicas de cierto tamaño implementar los sistemas de prevención de delitos, en tanto que para las empresas más pequeñas

37 Véase la sección «Ley 21.121, que Modifica el Código Penal y Otras Normas Legales para la Prevención, Detección y Persecución de la Corrupción».

38 Antes las multas eran de 200 UTM hasta las 20.000 UTM. Mediante el proyecto, estas se elevaron a un tramo que va desde las 400 UTM hasta las 300.000 UTM (artículo 12 de la Ley 20.393).

39 En virtud del comiso por equivalencia, se permite que, cuando por cualquier circunstancia no sea posible decomisar el producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos, instrumentos, dineros o sus valores, se podrá aplicar el comiso a una suma de dinero equivalente a su valor. En el caso del comiso de las ganancias que se derivan del ilícito, se permite decomisar, además, y en todos los casos, los activos patrimoniales cuyo valor correspondiere a la cuantía de las ganancias obtenidas a través de la perpetración del delito, incluyendo los frutos obtenidos y las utilidades que se hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

se deben crear mecanismos de apoyo para su adopción; fortalecer a la entonces Superintendencia de Valores y Seguros (hoy Comisión para el Mercado Financiero) para que tenga un rol fiscalizador respecto a los sistemas de prevención de delitos y de las empresas certificadoras; eliminar del registro de la Superintendencia de Valores y Seguros a las empresas certificadoras que hayan acreditado a una persona jurídica que no tenía un sistema de prevención adecuado y eficaz, y revisar las exigencias copulativas, para que se estipulen delitos de acuerdo a las recomendaciones de los organismos internacionales en estas materias.⁴⁰

En tanto, en el capítulo 3, respecto del «Financiamiento de la política para fortalecer la democracia», la propuesta c) trata de la fiscalización de la política y su financiamiento, en la que el informe atendió la evidente debilidad del sistema de control de la acción política y los riesgos que su financiamiento revestía en relación con la corrupción. El diagnóstico consideró que la débil capacidad institucional de fiscalización sobre la política que hasta ese momento regía en Chile facilitaba la captura de candidatos, parlamentarios y partidos políticos por intereses particulares. Por lo tanto, el informe contempló medidas para fortalecer la independencia y las capacidades institucionales del Servicio Electoral (Servel) y del Tribunal Calificador de Elecciones (Tricel), además del establecimiento de sanciones proporcionales y disuasivas al incumplimiento de las nuevas reglas que se dictaran conforme a estas propuestas.

En consecuencia, en 2016 se dictó la Ley 20.900, que introdujo cambios importantes en la regulación de las campañas electorales, entre ellos la incorporación de un período de precampaña para las elecciones presidenciales, nuevas regulaciones y mayor fiscalización de la propaganda electoral, la eliminación de los aportes de empresas a las campañas —y la política en general—, topes más exigentes para el financiamiento de candidatos, la obligación de presentar un programa para las elecciones presidenciales y medidas para evitar el intervencionismo durante las campañas, entre otras.

Sin embargo, en lo que nos interesa, se estableció un mecanismo sancionatorio amplio, administrativo y penal. Así, regularon como causales de pérdida del cargo el hecho de sobrepasar el límite de gasto electoral

40 Parte de estas propuestas se incluyen en un proyecto de ley que actualmente se encuentra en segundo trámite constitucional en la Comisión de Constitución del Senado (Boletín 13.205-07).

en más del 25% (siempre que sea superior a 4.000 dólares y exista condena por infracción a la ley), recibir aportes de empresas u obtener aportes por sobre el 40% de lo autorizado. En cuanto a las faltas o infracciones, se estableció el plazo de prescripción de un año, contado desde que se celebra la elección, en tanto que para los delitos la acción penal prescribe en el plazo de dos años contados desde que se comete el delito.⁴¹

Ahora bien, a la luz de estos aspectos vistos más en detalle, pero a la vez considerando todos los proyectos involucrados en la agenda derivados del informe de la CAP, es posible sostener que se ha producido un profundo proceso transformador de materias vinculadas a financiamiento electoral, financiamiento y funcionamiento de partidos políticos, modernizaciones institucionales y perfeccionamiento de la legislación penal. Sin duda, uno de los hechos que favoreció la permanencia de este impulso legislativo se debió a la aparición de nuevos casos de corrupción de gran trascendencia a partir de 2014, a nivel institucional, que afectaron al Ejército y a Carabineros, quienes todavía continúan con sus procesos judiciales, los que se resumen a continuación.⁴²

Respecto del Ejército, se trata un caso de corrupción asociado al desvío de fondos de la Ley Reservada del Cobre⁴³ por miembros de las Fuer-

41 En este último punto hubo un debate importante, pues la postura inicial de los legisladores era establecer un plazo de un año tanto para las infracciones o faltas como para la comisión de delitos. Por su parte, el Observatorio Anticorrupción propuso que el plazo se considerara desde que el candidato realiza la rendición de cuentas al Servel, y no desde que se comete el delito. Finalmente, para los delitos el plazo de la prescripción quedó en dos años, lapso que sigue siendo evaluado insatisfactoriamente por la sociedad civil. Véase Arís, Engel y Jaraquemada (2018: 46).

42 Basados en la referencia de estos casos, pero también solo hasta 2018, en Arís, Engel y Jaraquemada (2018: 93 y 94).

43 En ese entonces se trataba de la Ley 13.196 de 1958, que básicamente establecía un gravamen de 15% por los ingresos que obtenía el fisco producto de un sistema de tipo de cambio múltiple que en aquellos años afectaba a la venta obligatoria de divisas de la gran minería del cobre al Banco Central. En 1974 se modificó la ley (Decreto Ley 239) para bajar el gravamen a 10%, pero fijando un piso anual de financiamiento de 90 millones de dólares y un tope de gasto de la partida del Ministerio de Defensa Nacional que no podía exceder el 3,5% del producto nacional bruto. Con posterioridad, mediante el Decreto Ley 1.530 de 1976, se permitió a las instituciones castrenses adeudarse con cargo a su piso de financiamiento anual e incluyó dentro del 10% del precio los aportes en cobre que Codelco realizara al exterior. Más tarde, la Ley 18.445 de 1985 añadió la venta de los subproductos del cobre a la base del gravamen del 10% y elevó el piso anual de financiamiento a 180 millones de dólares. Por último —hasta la fecha de este caso que comentamos—, la Ley 20.424 dispuso

zas Armadas para su propio beneficio, descubierto en 2014, pero cuyos orígenes se remontarían, al menos, desde 2009. El fraude se conoció luego de que, en abril de 2014, el Ejército denunciara a la justicia militar los hechos detectados en marzo del mismo año por la Tesorería del Ejército de Chile relacionados con el desvío de fondos de la Ley Reservada del Cobre asignados a la institución en una operación realizada por un coronel, un cabo y un proveedor externo del Ejército. Esta operación, cuyos montos e involucrados luego crecerían, consistía en asociar diferentes remanentes presupuestarios a repuestos de vehículos militares inexistentes, a través de facturas ideológica y materialmente falsas. La investigación, desde un punto de vista criminal, fue llevada a cabo tanto por la justicia militar como por el Ministerio Público respecto de delitos de fraude al fisco, falsedad documental y lavado de activos, y se estima que el monto desfalcado alcanzaría los 6.000 millones de pesos.⁴⁴

Si bien las consecuencias del caso aún están en desarrollo, a nivel legal implicó importantes reformas. Por ejemplo, mediante la Ley 20.977 de 2016, se exigió la publicación de la Ley Reservada del Cobre,⁴⁵ en tanto que la Ley 21.174, de 2019, sustituyó por completo el sistema de financiamiento de las Fuerzas Armadas, derogando expresamente la Ley 13.196.

la eliminación del Consejo Superior de la Defensa Nacional (Consudena), que tenía las mayores facultades de decisión y administración sobre financiamiento, traspasando dichas competencias al Ministerio de Defensa Nacional. Como su nombre lo indica, la ley tenía desde 1958, y aún hasta el momento de ocurrido este caso, el carácter de reservada y, por consiguiente, su texto había sido solo publicado en una edición restringida del *Diario Oficial*, lo que como se señalará en el texto principal, se modificó más tarde.

44 Por su parte, la Cámara de Diputados resolvió crear una comisión investigadora para determinar las responsabilidades políticas de las distintas autoridades del Estado sobre el caso. En su informe de 2016, los parlamentarios integrantes de esta instancia asignaron responsabilidades a la Contraloría General de la República por su falta de diligencia en la labor fiscalizadora durante la época en que se desarrollaron los hechos; al Ministerio de Defensa Nacional y la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas por fallas y retrasos en la implementación de los mecanismos legales de control y la no adopción de políticas ni programas orientados a una mayor y mejor fiscalización; a la Comandancia en Jefe del Ejército, en tanto superior jerárquico de la institución; a la Tesorería del Ejército; y al Comando de Apoyo a la Fuerza y sus Dependencias, así como también al Consejo Superior de la Defensa Nacional, por su rol en la utilización de los fondos provenientes de la Ley Reservada del Cobre.

45 Esto se materializó inmediatamente, toda vez que, al publicarse la Ley 20.977 el 22 de diciembre de 2016 en el *Diario Oficial*, en la misma edición y a través de un inserto se publicó el texto íntegro y actualizado de la Ley 13.196.

Por otra parte, respecto de Carabineros, en 2017 se descubrió un grave caso de malversación de fondos públicos, que se habría originado al menos en 2006 y cuyo monto ya alcanza los 26.000 millones de pesos, con lo que hasta el momento es el caso de corrupción con mayores montos involucrados que se ha conocido en el país. Estos hechos se conocieron luego de que el 6 de marzo de 2017 el entonces general director de Carabineros, Bruno Villalobos, informara a la ciudadanía de su ocurrencia a través de una conferencia de prensa. La investigación la había iniciado el Ministerio Público en 2016, a partir de un reporte de operaciones sospechosas que la Unidad de Análisis Financiero le hizo llegar a la Fiscalía luego de que en 2015 un banco informara de actividades inusuales en las cuentas de distintos miembros de Carabineros de Chile, específicamente de la región de Magallanes.⁴⁶ Si bien es un proceso actualmente en curso, se ha logrado establecer que existieron tres mecanismos mediante los cuales se realizó el fraude:

- Fondos de remuneraciones: Se depositaba a la cuenta bancaria particular de algún uniformado, quien luego entregaba el dinero en efectivo a otros cómplices, quedándose con el 10%. Este fue el método utilizado en el depósito que encendió la primera alarma en el Banco Falabella.
- Fondos de desahucios: Se transfería desde la cuenta de desahucios hacia la cuenta de remuneraciones. De esta manera, se cubría el déficit que la operación dejaba en remuneraciones.
- Fondos de asignaciones: Se depositaba a funcionarios que no tenían conocimiento del fraude un exceso de dinero por sobre lo que les correspondía según sus asignaciones. Luego, se les informaba del supuesto procedimiento para hacer la devolución de este

⁴⁶ Ya en 2015 el Banco del Estado identificó movimientos irregulares en una cuenta corriente de Carabineros de Chile, cuestión que informó el 9 de diciembre de ese año al general Flavio Echeverría, jefe de Finanzas de Carabineros. Echeverría aseguró entonces que se trataba de un «error en el sistema de cálculos» y que se desarrollaría una investigación interna para resolver la situación. Sin embargo, la advertencia fue ignorada y la investigación nunca se llevó a cabo. Por otra parte, en noviembre de 2018, el excontralor Ramiro Mendoza declaró haber tenido desde 2010 conocimiento sobre posibles irregularidades en las finanzas de Carabineros; sin embargo, había decidido anular el sumario iniciado, luego de que, en una conversación con Eduardo Gordon, general director de Carabineros, este le asegurara que se cumpliría una investigación interna al respecto.



excedente, pero entregándoles instrucciones para depositar a una cuenta privada asociada a la asociación ilícita, haciéndoles pensar que esta era en realidad una cuenta de Carabineros.

En estos hechos se encontrarían involucrados desde funcionarios de rango menor hasta ex generales directores, pasando por coroneles, comandantes, mayores y capitanes. Respecto de los procesos en curso, lo obrado hasta el momento por el Ministerio Público registra 116 condenas por lavado de dinero y malversación, 94 en 2019 y 22 en 2022. Dichas condenas son respecto de cientos de personas que por al menos diez años, y a cambio de una millonaria comisión, facilitaron sus productos bancarios para la sustracción de más de 28.000 millones de pesos desde cuentas institucionales de Carabineros de Chile. En tanto, en la otra arista principal de la investigación, se inició en 2022 el juicio oral respecto de los 31 acusados que pertenecen a la cúpula de la organización criminal. Estos corresponden a los uniformados que idearon y organizaron el fraude. Los cargos presentados son por los delitos de malversación de caudales públicos, lavado de activos y asociación ilícita y se espera que el juicio se desarrolle por varios meses.

Ambos casos mantuvieron en la agenda pública el tema de la corrupción y lo siguen haciendo, dado que aún continúan los procesos judiciales. No obstante, si bien los casos iniciales que habíamos referido (Penta, SQM, Corpesca y Caval) ya habían causado gran impacto mediático y, como hemos visto, la generación de instancias *ad hoc* con propuestas que en mayor o menor medida se han transformado en reformas concretas, estos dos últimos casos han superado con creces el impacto causado, dado que han develado un *modus operandi* de gran escala a nivel institucional. De ello dan cuenta los montos involucrados, la cantidad de personas formalizadas y condenadas y los años a través de los cuales se desarrollaron estas prácticas corruptas. Esta dimensión ha puesto a prueba por cierto al sistema de persecución penal en su conjunto respecto de su capacidad para investigar y juzgar fenómenos vinculados a la corrupción de tal envergadura. Parte de ello⁴⁷ se ha considerado y se sigue considerando en la discusión de distintos proyectos de ley, aunque posiblemente lo ocurrido en los últimos años con el denominado estallido social, la pandemia producida por el covid-19 y el proceso

47 Como veremos más adelante, a propósito de las estrategias normativas, en la sección «Estrategias normativas contra la corrupción».

constituyente han desplazado desde luego la importancia y priorización de avances legislativos en esta materia. No obstante, y desde el ámbito programático, en 2019 el gobierno de Sebastián Piñera lanzó la Agenda de Integridad Pública y Transparencia,⁴⁸ que contiene dieciocho medidas legislativas más una serie de medidas administrativas, muchas de las cuales obviamente se encuentran relacionadas con lo sucedido en Carabineros y en el Ejército. La **tabla 2** presenta las medidas legislativas y su estado actualizado.

Tabla 2. Tramitación legislativa de la Agenda de Integridad Pública y Transparencia de 2019

Fecha de ingreso	Proyecto de ley	Estado actual del proyecto
Enero de 2013 (Moción)	Proyecto de reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública (Boletín 8.805-07).	En Comisión Mixta. Sin movimiento desde octubre de 2019.
Septiembre de 2018	Proyecto de Ley de Transparencia 2.0 (Boletín 12.100-07).	Segundo trámite constitucional en el Senado. Sin movimiento desde abril de 2022.
Junio de 2016 (Moción)	Proyecto de ley que modifica el Código Penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando las penas, tipifica los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal (Ley 21.121).	Ley 21.121, modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción (publicada el 20 de noviembre de 2018).
Julio de 2018	Proyecto de ley que fortalece la integridad pública, regulando, entre otros aspectos, el tránsito entre el sector público y el sector privado (Boletín 11.883-06).	En primer trámite constitucional en el Senado. Sin movimiento desde septiembre de 2020.
Marzo de 2022	Proyecto de ley para fortalecer la integridad pública en gobiernos municipales y regionales, robusteciendo mecanismos de rendición de cuentas e incorporando nuevas responsabilidades y obligaciones de transparencia fiscal (Boletín 14.839-06).	Primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados. ¹ Sin movimiento desde marzo 2022.
Junio de 2020	Proyecto de ley que crea un sistema de denuncias anticorrupción, entregando la debida protección de los denunciantes (Boletín 13.565-07)	En Comisión Mixta. ² Sin movimiento desde marzo de 2022.

48 Comisión de Integridad Pública y Transparencia, «Agenda de integridad pública y transparencia del gobierno del presidente Sebastián Piñera», Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2019, disponible en <https://bit.ly/3N7pbhz>.

Tabla 2. Tramitación legislativa de la Agenda de Integridad Pública y Transparencia de 2019 (continuación)

Fecha de ingreso	Proyecto de ley	Estado actual del proyecto
Marzo de 2017	Proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales (Boletín 11.144-07).	Segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados.
Marzo de 2021	Proyecto de ley de Compras Públicas 2.0 (Boletín 14.137-05).	Segundo trámite constitucional en el Senado. ³
Sin ingresar ⁴	Proyecto de ley sobre modernización de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.	
Sin ingresar ⁵	Proyecto de ley que institucionaliza el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.	
Diciembre de 2018	Proyecto de ley sobre información y rendición de cuentas de gastos reservados (Boletín 12.332-05).	Ley 21.211, Sobre información y rendición de cuentas de gastos reservados (publicada el 4 de febrero de 2022).
Septiembre de 2018	Proyecto de ley que moderniza el sistema notarial y registral (Boletín 12.092-07).	Segundo trámite constitucional en el Senado. Sin movimiento desde marzo de 2022.
Abril de 2018 (Moción)	Proyecto de ley que modifica el Código de Justicia Militar y la Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, para aplicar a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública las normas de transparencia y publicidad de los actos de la Administración del Estado (Boletín 11.697-07).	Primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados. Sin movimiento desde mayo de 2018.
Mayo de 2011	Proyecto que establece nuevo mecanismo de financiamiento, de las capacidades estratégicas de la defensa nacional (Boletín 7.678-02).	Ley 21.174, Establece nuevo mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas de la defensa nacional (publicada el 26 de septiembre de 2019).
Abril de 2021	Proyecto de ley que moderniza el nombramiento de jueces y fiscales (Boletines 14.191-07 y 14.192-07).	Primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados. Sin movimiento desde enero de 2022.
Enero de 2019	Proyecto de ley que modifica la carrera militar (Boletín 12.391-02).	Primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.
Mayo de 2020	Proyecto de ley que moderniza el Consejo de Defensa del Estado.	Primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados. Sin movimiento desde junio de 2021.
Julio de 2018	Proyecto de ley que modifica la Ley que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos, en materia de documentos electrónicos (Boletín 11.882-06).	Ley 21.180, Transformación Digital del Estado (publicada el 11 de noviembre de 2019).

1. Denominado «Proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales con el objeto de fortalecer la integridad pública, probidad y transparencia en las municipalidades».

2. Denominado «Proyecto de ley que establece un nuevo estatuto de protección en favor del denunciante de actos contra la probidad administrativa».

3. Denominado «Proyecto de ley que moderniza la Ley 19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado».

4. Existe una propuesta en este sentido del Consejo de Modernización del Estado, documento disponible en <https://bit.ly/45UblYy>.

5. Ya se había ingresado un Mensaje en este sentido en mayo de 2016 (Boletín 10.727-06).

Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, lo más reciente que podemos destacar es la denominada Estrategia Nacional de Integridad Pública, anunciada por el actual presidente de la República en la cuenta del 1 de junio de 2022. Dicha estrategia tendría cinco ejes: transparencia, función pública, recursos públicos, sector privado y política. Fue parte de una reunión de alto nivel en julio de 2022, y el 20 de octubre del 2022 se lanzó públicamente una consulta ciudadana hasta el 10 de noviembre.⁴⁹ Más tarde se desarrollarían diálogos participativos, aunque se desconocen los plazos asociados a dicha estrategia. Sí se contempla que al finalizar el proceso de co-creación de los objetivos de la Estrategia Nacional de Integridad Pública, el proceso continuará con la formulación de las medidas y planes de acción por cada eje de la Estrategia, además de instancias de monitoreo del avance.⁵⁰

A modo de conclusión en esta etapa, podemos ver cómo en el período entre 1994 y 2022 se han generado variadas instancias y consecuentemente sucesivas reformas legales y a veces orgánicas, a veces como parte de una actualización regular del marco legal, que han tenido por objetivo:

- Garantizar el derecho de acceso a información pública, incentivar la rendición de cuentas y la participación ciudadana.
- Incrementar la probidad administrativa.
- Regular los conflictos de intereses, el lobby y la gestión de intereses.
- Regular el financiamiento de la política y transparentar la actividad electoral.
- Promover la meritocracia del empleo público y establecer estándares de comportamiento para el desempeño probo y transparente de la función que desarrollan los funcionarios públicos.

49 Consulta disponible en <https://consultaintegridad.gob.cl>.

50 Información provista por la Comisión de Probidad y Transparencia, «¿Qué es la Estrategia Nacional de Integridad Pública?», disponible en <https://bit.ly/3N-43RK8>. En la reunión que se hace mención participaron, según la misma fuente, el presidente de la República, de manera virtual, y de manera presencial el presidente del Senado, el presidente de la Corte Suprema, el presidente de la Cámara de Diputados, el fiscal nacional, la presidenta del Tribunal Constitucional y el ministro y la subsecretaria general de la Presidencia. Asistieron, además, los ministros de Hacienda y Educación, entre otros, y los jefes de servicio con competencias en materias de anticorrupción.

- Definir estándares de comportamiento ético de funcionarios públicos.
- Fortalecer las exigencias de probidad y transparencia en compras públicas.

Lo anterior ha permitido crear un «ecosistema en materia de transparencia e integridad pública» con una sólida matriz institucional. Así, la Contraloría General de la República (CGR) y el Consejo para la Transparencia (CPLT) también han progresado a la par de esta agenda para asegurar la efectiva implementación de las legislaciones y de ese modo potenciar la integridad y la lucha contra la corrupción. La CGR lo hace fiscalizando el debido uso de los recursos administrativos, incluyendo el principio de probidad administrativa. El CPLT actúa promoviendo y fiscalizando el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información pública, y garantizando el derecho de acceso a esta. También la Dirección Nacional del Servicio Civil (DNSC), fomentando y apoyando la profesionalización del empleo público y asegurando el funcionamiento del Sistema de Alta Dirección Pública (SADP); el Sistema de Información de Compras y Contratación Pública de la Administración, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública (Chilecompra), para mayor transparencia y competencia de las compras públicas; y el Ministerio Secretaría General de la Presidencia (Segpres), facilitando y coordinando la agenda programática y legislativa del gobierno, proponiendo y promoviendo normas de probidad y transparencia, y liderando la agenda de integridad y transparencia (Jarquín, 2021: 15). A ello por cierto pueden agregarse otras instituciones, como la Unidad de Análisis Financiero (UAF) y el Servicio de Impuestos Internos (SII), y especialmente en lo que nos convoca sobre en la persecución y sanción de la corrupción, el Ministerio Público y el Poder Judicial.

No obstante todo lo anterior, es innegable que el fenómeno de la corrupción continúa presente al constatar una serie de situaciones de fraude al fisco, mal uso de recursos públicos, colusiones entre grandes empresas, prácticas abusivas contra los consumidores y conflictos de intereses tanto en el sector público como en el privado, que han dañado profundamente esa imagen de país íntegro. Todo esto se ha traducido en una profundización de la desconfianza ciudadana hacia las instituciones y un aumento en la percepción de corrupción. Por ello, no debemos desmerecer el llamado de la Agenda 2030 de Naciones Unidas



a combatir este flagelo a través de una serie de metas agrupadas bajo el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16: «Paz, justicia e instituciones sólidas», lo que se ha reforzado recientemente en la Asamblea General de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2021, cuando los Estados se comprometieron a perfeccionar y asegurar un mejor funcionamiento de sus instituciones.

En la actualidad, el principal desafío que enfrenta nuestro país es el robustecimiento institucional, a través de mecanismos legales, institucionales y de gestión que permitan enfrentar transversalmente este flagelo, pero no de manera aislada, sino mediante la articulación interinstitucional de organismos tanto públicos como privados, al amparo de una verdadera política pública de integridad que influya desde la educación a niños, niñas y adolescentes y la concientización ciudadana sobre lo nocivo de la corrupción, pasando por la importancia de la valorización de la probidad, tanto en el sector público como privado, hasta alcanzar una verdadera cultura de rechazo a las prácticas corruptas y de protección a quienes las denuncian. En particular, quedan desafíos pendientes vinculados a fortalecer a los municipios en su gestión financiera y en la dotación de personal calificado, establecer un efectivo control y la transparencia de los gastos en defensa, regular la puerta giratoria entre el sector privado y el sector público, reformar la Ley Orgánica Constitucional del Congreso para dotar de mayor transparencia y rendición de cuentas a esta institución, perfeccionar los mecanismos de recuperación de activos, profundizar la consagración del principio de transparencia a todo nivel de la institucionalidad pública y modernizar nuestro sistema de compras públicas y el control de transferencias de fondos públicos a entidades sin fines de lucro.

Sin perjuicio de todo lo anterior, veremos a continuación algunas estrategias institucionales, unas más robustas que otras, para tener una visión de los desafíos que enfrenten a futuro. Luego, revisaremos algunas de las modificaciones legales del último tiempo más importantes en la materia. Sin embargo, antes de ello, es necesario detenernos a analizar la importancia de la configuración de un sistema de justicia penal en su conjunto, a nivel orgánico y funcional, para efectos de contribuir a la prevención, detección y sanción de la corrupción.



El sistema de justicia penal y la corrupción

La importancia del sistema de justicia penal como institución fundamental en la estrategia contra la corrupción tiene una doble dimensión: por una parte, debe operar adecuadamente para el juzgamiento y, cuando corresponda, sanción de los actos que constituyen corrupción (impacto del sistema de justicia penal en la corrupción); por otra parte, debe proveer a través de sus instituciones participantes un sistema de probidad e integridad para todos sus integrantes en todos los niveles, destinado a prevenir que se desarrollen internamente prácticas corruptas, estableciendo además apropiados canales de denuncia para favorecer su ejercicio en caso de que alguien advierta de una práctica corrupta (impacto de la corrupción en el sistema de justicia penal).

Se trata de una relación bidireccional pero con algún grado de interdependencia, toda vez que en la medida que eficazmente se desarrolle el juzgamiento de la corrupción, disminuye el riesgo que el mismo fenómeno afecte al interior del sistema. A la inversa, en la medida que nuestro sistema de justicia penal mantenga niveles mínimos de corrupción dentro de sus organizaciones, se facilita la posibilidad de que actúe adecuadamente en administrar justicia en todos los casos, incluyendo aquellos relacionados con la corrupción. Veremos entonces en el mismo orden ambas dimensiones.

Impacto del sistema de justicia en la corrupción

La reforma procesal penal constituyó un gran avance en nuestro país, pero sin duda ha sido puesta a prueba de manera exigente los últimos diez años para procesar en forma adecuada casos complejos de corrupción que se han conocido, varios de los cuales se mencionaron anteriormente. Dada dicha experiencia, es posible levantar algunas observaciones generales respecto de brechas y desafíos que necesariamente requiere el sistema, tanto a nivel institucional como operativo, considerando que la investigación de casos de corrupción muchas veces se enfrenta a especiales desafíos para el sistema, como un mayor número de personas involucradas, la cantidad de pruebas disponibles o el volumen de información que es necesario manejar, la necesidad de contar con muchos peritajes, la distancia temporal entre los hechos investigados y el inicio de la investigación, etcétera. A ello pueden agregarse otros factores que

precisamente se han constatado en los grandes casos investigados los últimos años, como equipos de defensa altamente especializados, o que las modalidades habituales por medio de las cuales se cometen estos delitos suelen no dejar rastros, como ocurre en delitos comunes, lo que obliga a contar con medios de prueba especiales.⁵¹ A lo anterior se suman aspectos relacionados con el derecho penal sustantivo, que analizaremos por cierto en mayor detalle en la segunda parte de este trabajo.⁵²

Dado que a nivel institucional profundizaremos más adelante,⁵³ en particular sobre la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y el Poder Judicial, mencionaremos por ahora otras instituciones relacionadas y en seguida algunos aspectos operativos del sistema.

Desde luego, una importancia relevante adquieren las policías, tanto la Policía de Investigaciones (PDI) como Carabineros de Chile. Si bien, como sabemos, los fiscales a cargo de una investigación pueden decidir libremente con qué institución en particular llevar a cabo una investigación, en la mayoría de casos de corrupción el Ministerio Público suele encargar la investigación a la PDI, que cuenta con un equipo especializado denominado Brigada Investigadora de Delitos Funcionarios (Bridef), compuesta por detectives que son a la vez profesionales, como contadores auditores, ingenieros y abogados, sin perjuicio de otras unidades especializadas que pueden llevar a cabo investigaciones por instrucción del respectivo fiscal del Ministerio Público.⁵⁴ En esta materia se ha podido establecer que, sin perjuicio del trabajo desarrollado en particular por la Bridef,⁵⁵ en general se ha constatado la falta de especia-

51 Por ejemplo, los pagos en dinero efectivo, en el caso del cohecho.

52 Las dificultades pueden deberse a la acreditación de elementos subjetivos o la determinación de la infracción de deberes, a propósito del delito de cohecho. Por ejemplo, se ha señalado que en el caso de parlamentarios imputados se identifica una dispersión normativa, en tanto no existe un catálogo claro de sus deberes en la regulación legal y reglamentaria que rige su función. Ello habría agregado barreras y escollos para investigar, ya que el lugar hacia el cual debería apuntar la investigación se vuelve difuso (Duce y otros, 2019: 93 y 94).

53 Sección «Estrategias institucionales contra la corrupción».

54 Así, en la práctica también intervienen por ejemplo en la PDI la Brigada Investigadora de Delitos Económicos (Bridec) y la Brigada Investigadora de Lavado de Activos (Brilac). Asimismo, en el caso de Carabineros de Chile, también corresponde investigar en algunos casos al OS9, que corresponde al Departamento de Investigación de Organizaciones Criminales.

55 Los propios actores del sistema, como jueces y fiscales, han reconocido que la creación de esta unidad le otorgó cierta autonomía, habida cuenta la que la PDI

lización de las policías para investigar delitos de corrupción, pues dada la especialidad de las materias se requieren expertos en tecnología, auditoría forense, *compliance* penal empresarial, etcétera, observación que se hace extensiva al Ministerio Público (OCDE, 2018).

Por otra parte, considerando la reciente experiencia en nuestro país de las investigaciones llevadas a cabo sobre el financiamiento irregular de la política y que ya hemos revisado, no es razonable omitir pronunciarse sobre el Servicio de Impuestos Internos (SII). En efecto, en dichos casos, el Ministerio Público imputó cargos por los delitos contemplados en el artículo 97 numerales 4 y 5 del Código Tributario, pues, dada la legislación penal vigente de la época, la ley electoral presentaba vacíos de tipificación sobre la materia. Así, se intentaba reprochar penalmente que las boletas de honorarios emitidas se basaban en hechos que no habían ocurrido en realidad —por ejemplo, asesorías—, situación que además era aprovechada para rebajar impuestos, ya que las empresas registraban el pago de estas actividades como gastos, con lo que podían deducirlas de su base imponible.

El problema en nuestro sistema de justicia para enfrentar este tipo de casos consiste en que los delitos tributarios requieren denuncia o querrela previa del SII.⁵⁶ Esta facultad, que data de la década de los sesenta, tendría su fundamento en dotar al SII como organismo técnico de una herramienta que le permita cumplir con su finalidad recaudadora, haciendo prevalecer este interés por sobre otros valores que pudieran verse afectados en estos casos.⁵⁷ Con todo, para el ejercicio de esta facultad

depende del Ministerio del Interior, y en consecuencia del Poder Ejecutivo, en circunstancias que muchos casos pueden estar dirigidos a investigar la participación de funcionarios y autoridades de un gobierno en ejercicio. Igualmente destacable es el reconocimiento de la reserva con que se llevan a cabo las investigaciones, considerando aquí que es de normal ocurrencia la filtración de datos, declaraciones, pericias, en variadas investigaciones. Véase Duce y otros (2019: 72 y 73).

⁵⁶ Esta facultad se encuentra contenida en el artículo 162 del Código Tributario y en el artículo 7 letra g) del Decreto con Fuerza de Ley 7, del 30 de septiembre de 1980, que fija el texto de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos.

⁵⁷ Correctamente se ha puesto en duda que sea posible fundamentar esta especial facultad en el fin recaudatorio del SII, toda vez que no tendría funciones de recaudación, las cuales corresponderían a la Tesorería General de la República, en tanto que el Servicio ni siquiera llega a conocer en la práctica si los resultados del ejercicio de sus facultades recaudan más o menos dinero. La función del SII sería entonces de fiscalización y, por lo tanto, su interés institucional estaría en el cumplimiento de la ley tributaria, no en la recaudación (Duce y otros, 2019: n. 145).

el propio SII contaba con resoluciones que fijaban criterios de actuación, y que con anterioridad lo habían llevado efectivamente a llevar a la justicia penal imputaciones de esta naturaleza.⁵⁸ De hecho, así se continuó al inicio de estos casos, sobre todo mientras se descubrían boletas «ideológicamente falsas» en el caso Penta. Sin embargo, la situación cambió cuando se descubrió este mismo esquema respecto de otras empresas, entre ellas SQM, la cual había financiado la precampaña de la entonces presidenta Michelle Bachelet. Incluso en la investigación se encontraron boletas falsas del entonces ministro del Interior en poder de SQM. Así, al ser el SII un órgano dependiente del gobierno a través del Ministerio de Hacienda, y su director nombrado por el presidente de la República mediante el Sistema de Alta Dirección Pública, no fue extraño que se temiera de posibles presiones para cambiar el criterio de actuación del SII. Pues bien, dada la negativa de los funcionarios del Servicio de abandonar sus criterios tradicionales de persecución penal de los casos,⁵⁹ el gobierno decidió cambiar al director del SII y designó a un funcionario que manifestó que no presentaría nuevas querellas salvo en casos excepcionales, lo que afectó no solo los casos nuevos, sino también algunos de los que ya estaban siendo perseguidos por el Ministerio Público, pero en que aparecieron mencionadas nuevas personas o nuevos hechos. A partir de la designación del nuevo director se dificultó al extremo la persecución de nuevos casos e incluso se empezó a cuestionar la legitimidad de la persecución de los casos antiguos, en la medida en que no estaban cubiertos por querellas muy precisas. De hecho, se comenzó a discutir el grado de precisión que requería una querella para habilitar la persecución. Así, el SII comenzó a presentar querellas cada vez más precisas para evitar la expansión de los casos

58 Básicamente, los criterios para presentar querella en sede penal, consistían en: i) la gravedad de las irregularidades detectadas o el perjuicio fiscal; ii) la reiteración o reincidencia en la comisión de delitos; iii) el uso de asesoría tributaria para la comisión de la infracción; iv) el efecto ejemplificador en otros contribuyentes o sector de la economía; v) la calidad y suficiencia de la prueba reunida; y vi) la factibilidad de obtener una condena en el caso respectivo.

59 En reportaje de *La Tercera* del 21 de septiembre de 2019, se relata que el director del servicio, Jorrat, y el subdirector, Vargas, señalaron que el ministro del Interior Peñailillo no tuvo la fuerza para parar la persecución a SQM, pero que lo intentó. Sebastián Labrín y Víctor Cofré, «Capítulo 3: La UDI entra por Morandé 80», *La Tercera*, 21 de septiembre de 2019, disponible en <https://bit.ly/3N6Rkpc>.

(Duce y otros, 2019: 78).⁶⁰ Si bien el Ministerio Público intentó incluso ante el Tribunal Constitucional impugnar la norma que habilitaba al SII a ejercer esta facultad, ello fue declarado inadmisibile;⁶¹ en consecuencia, el efecto natural de este cambio de criterio de actuación fue trascendental, ya que los tribunales en forma consistente declararon el sobreseimiento definitivo de los imputados en los casos en que el SII no presentó antes una denuncia o querrela.

Tenemos entonces aquí un problema estructural de diseño para enfrentar casos de corrupción, en que si bien dicha facultad no es extraña en nuestro sistema —pues similares facultades encontramos en el Servicio Electoral, la Fiscalía Nacional Económica y la Comisión para el Mercado Financiero—, en este caso tenemos arraigada dicha facultad en un organismo dependiente de un ministerio, y su titular nombrado directamente por el presidente de la República, con competencia para indagar, como de hecho sucedió en estos casos, a funcionarios de gobierno. En ese sentido, es difícil argumentar en forma válida la defensa y sobre todo la mantención de este diseño luego de lo sucedido estos últimos años,⁶²

60 Por ejemplo, se señala que si bien en un primer momento las querrelas se dirigían a todos quienes resulten responsables, luego comenzaron a incluir lo siguiente: «La presente acción penal por delitos tributarios se dirige única y exclusivamente en contra de las personas singularizadas de manera expresa y nominativa en ella, extendiéndose solo a los hechos que en su texto se detallan, de manera que la facultad que otorga a este Servicio por el inciso primero del artículo 162 del Código Tributario, debe entenderse ejercida, para todos los efectos legales, solo respecto de dichas personas y por tales hechos».

61 Sentencias del Tribunal Constitucional, rol 6.215-2019 y rol 6.126-2019. El Tribunal señaló que ya había fallado positivamente respecto de la constitucionalidad del precepto, al conocer antes de la constitucionalidad de la Ley 19.806 (que actualizó cuerpos legales conforme al Código Procesal Penal). Además, señaló que la norma 27 quater de la Ley 19.884, que daba una facultad similar al Servicio Electoral sobre delitos electorales, también fue declarada constitucional cuando se incorporó en 2016 mediante la Ley 20.900, oportunidad en la que precisamente se refirió a la ya consagrada facultad del SII: «El legislador contempla casos en que la acción penal del Ministerio Público está sujeta a la actividad procesal de un tercero. El propio Código Procesal Penal pone un caso con los delitos de acción pública previa instancia particular (artículo 54). Estos requieren la denuncia previa de la víctima. En otro cuerpo legal, el artículo 162 del Código Tributario establece que las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad solo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio de Impuestos Internos».

62 No hay que olvidar que en aquellos casos en que el SII ya había presentado una querrela, igualmente muchas de esas causas terminaron por sobreseimiento, dado que los tribunales consideraron que el actuar de las personas imputadas obedecía



sin perjuicio de las modificaciones que a propósito de estos escándalos se realizaron al sistema electoral. De hecho, se trata de una materia que el Ministerio Público hasta el día de hoy continúa criticando, al destacar «la actual configuración del sistema de acciones penales, que en algunos casos ha operado como un obstáculo para la investigación de imputados que ejercen altos cargos de representación popular o que gozan de un elevado poder económico» (Fiscalía de Chile, 2022: 35).

Con todo, cabe destacar en esta materia positivamente otras actuaciones de querellantes institucionales, como el Consejo de Defensa del Estado, donde por ejemplo en el caso Penta:

La Fiscalía llegó en 2018 a un nuevo acuerdo con los principales imputados, los controladores de la empresa Penta, por medio del cual se pactó un procedimiento abreviado que estableció penas máximas más bajas. Como el CDE era querellante, dada la existencia de delitos funcionarios, específicamente de cohecho, tenía derecho a oponerse a la rebaja de penas necesaria para concretar el acuerdo. El fiscal procedió entonces a reformular⁶³ la investigación excluyendo los hechos constitutivos de cohecho de sus imputaciones y, en consecuencia, solicitando la exclusión del CDE de su condición de querellante por falta de legitimación activa, con lo que le impidió oponerse al procedimiento abreviado. El juez de Garantía aceptó la solicitud de exclusión y, finalmente, se aceptó el procedimiento abreviado (Duce y otros, 2019: 125).

Ello se habría tratado de «una maniobra discutible y polémica, que dio nuevamente cuenta de los enormes espacios de discrecionalidad de los fiscales en materia de negociación, y abrió un flanco importante de dudas acerca de la voluntad real de perseguir con intensidad estos deli-

a su interés de financiar campañas políticas y de evadir las limitaciones respecto de las donaciones que pueden recibir para ese efecto, no de colaborar en un delito tributario. Así, se producía un problema de atipicidad subjetiva, al no existir en estos casos el denominado dolo tributario. Por ejemplo, sentencia de la Corte Suprema, rol 11.815-2019, 7 de mayo de 2019, considerando segundo: «La prueba de cargo era insuficiente para tener por concurrente en la conducta del imputado el dolo directo de lesionar el patrimonio fiscal, objeto jurídico de la tutela penal contemplado en el tipo delictivo que se le atribuye —artículo 97 numeral 4 del Código Tributario—, por lo que era imposible colegir que este conocía y tuvo la voluntad precisa de facilitar documentos tributarios con el objeto de posibilitar la comisión del delito en estudio».

63 Más adelante en esta misma sección nos referiremos a la práctica de las reformalizaciones.

tos», añadiéndose que «debe tenerse presente que esto ocurrió, además, en un contexto de cambio de criterio del fiscal regional del caso, quien con anterioridad se había manifestado públicamente decidido a perseverar en la persecución del cohecho hasta las últimas consecuencias».

Ahora bien, más allá de la perspectiva institucional, hay también aspectos relevantes de funcionamiento del sistema que vale la pena destacar. Para ello, observemos primero la dimensión de los casos de corrupción que el sistema de justicia debe enfrentar. Si bien puede no siempre coincidir para la totalidad de los delitos asociados a corrupción, utilizaremos la información del Ministerio Público referida a los delitos funcionarios (**tabla 3**).⁶⁴ Así, en 2021, del total de causas que ingresaron al Ministerio Público (1.289.255), solo 0,22% correspondió a esta categoría, si bien —como hemos dicho antes— pueden representar importantes complejidades en su investigación, incluyendo, aunque levemente, una menor proporción de causas con imputado conocido (47,6%, en comparación al 52,8% del promedio general). Es, sin embargo, respecto del análisis de los términos de casos donde se observa una menor eficacia del sistema para investigar este tipo de delitos, en particular de sentencias condenatorias que, en consecuencia, requieren mirar con mayor atención los problemas del sistema para investigar y juzgar los casos asociados a corrupción.

Tabla 3. Comparación de términos aplicados de «delitos funcionarios» y «total de delitos en 2021

	Delitos funcionarios		Total de delitos	
	Número	Porcentaje	Número	Porcentaje
Total de delitos terminados	4.670	0,25%*	1.830.329	100%
Sentencia condenatoria	334	7,15%	314.534	18,3%
Sentencia absolutoria	39	0,83%	16.667	1%
Suspensión condicional del procedimiento	240	5,13%	89.807	5,2%
Archivo provisional	2.126	45,5%	761.154	44,6%
Decisión de no perseverar	627	13,4%	91.396	5,3%

* Respecto del total de delitos terminados.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Ministerio Público.

64 Ministerio Público, «Boletín estadístico anual: Enero-diciembre 2021», 18 de enero de 2022, disponible en <https://bit.ly/3b6Qjhy>.

Lamentablemente, el no contar con un mayor nivel de desagregación, impide analizar en detalle dónde pueden encontrarse mejores o peores resultados investigativos, según la tipología específica de delitos o según el ámbito o área donde se producen estos ilícitos, como el ámbito municipal, electoral, penitenciario, etcétera.⁶⁵ Pese a ello, es posible observar problemas transversales para la investigación del fenómeno a nivel general.

Uno de los primeros problemas los encontramos en las técnicas de investigación. En la actualidad, la investigación de los delitos de corrupción se lleva a cabo mediante el estatuto que contempla el Código Procesal Penal (CPP) como regla general, incluidas las interceptaciones de comunicaciones telefónicas (artículos 222 a 225 del CPP). Sin embargo, parecen ser insuficientes, sobre todo si consideramos la existencia de otro tipo de medidas investigativas en legislaciones especiales como en la Ley 20.000, que regula y sanciona el tráfico de drogas, y en la Ley 19.913, sobre lavados de activos. Incluso en 2016 se incorporó el artículo 226 bis en el CPP, que facilita las interceptaciones telefónicas y permite las entregas vigiladas y controladas, el uso de agentes encubiertos e informantes para delitos regulados por la Ley de Control de Armas (Ley 17.798), y una gran cantidad de delitos contra la propiedad contemplados en el Código Penal, pero que no incluyen delitos vinculados a corrupción, razón por la cual se rigen por un límite, un umbral, que exige el CPP, y que consiste en que un juez de Garantía puede autorizar una medida de interceptación de comunicaciones telefónicas solicitada por un fiscal bajo ciertos estándares (si existen fundadas sospechas basadas en hechos determinados y en la medida en que la investigación lo haga imprescindible), siempre y cuando el delito investigado tenga aparejado pena de crimen, es decir, que tenga asociadas penas superiores a los cinco años, a pesar de que muchos delitos de corrupción no alcanzan dicho umbral.

65 Según información del propio Ministerio Público en una consulta por transparencia, Gendarmería presentó 379 denuncias en contra de personal de su institución por delito de cohecho (artículos 248, 248 bis, 249 y 250 del Código Penal) entre 2014 y 2021, concentrándose el último año la mayor cantidad de denuncias (59). De todas ellas, a junio de 2022 solo 77 condujeron a una formalización, y solo se obtuvieron 39 condenas, en tanto se registraron 14 absoluciones. Ministerio Público, Carta DEN LT 444/2022, del 28 de junio de 2022, de la directora ejecutiva nacional (s) Sandra Díaz Salazar.

En la práctica, los fiscales han imputado, además de delitos de corrupción, el delito de lavado de activos, que establecía penas de crimen. Con todo, la Ley 20.818 de 2015 estableció que la pena del delito de lavado de activos no puede superar la pena asignada al delito base que la precede, lo que lleva a una rebaja muy significativa de la pena potencial de la figura de lavado, lo que dificultó la obtención de medidas intrusivas como la interceptación de comunicaciones.

La nueva fórmula que utilizó el Ministerio Público para acceder a esta medida fue entender que cuando el artículo 222 del CPP exige pena de crimen no se refiere únicamente a la pena privativa de libertad asignada, sino que a toda otra pena principal contenida en la norma respectiva. Al tratarse de la figura de cohecho, el Código Penal establecía, además de la pena privativa de libertad, la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, que sí cabía dentro del rango de duración de una pena de crimen según el artículo 21 del Código Penal. Este debate se dio en el denominado «caso Fragatas», en el que el Tribunal de Juicio Oral absolvió a los imputados por considerar como ilícita la evidencia obtenida con las interceptaciones telefónicas, ya que no se había cumplido el requisito de que tuviera pena privativa de libertad de crimen,⁶⁶ fallo que luego fue anulado por la Corte de Apelaciones de Santiago usando un criterio después ratificado por la Corte Suprema.⁶⁷ Otra forma que el Ministerio Público emplearía para intentar conseguir este umbral de cinco años consistiría en imputar la mayor cantidad de delitos, señalando que se encuentran en concurso real, para así argumentar que se encuentra en una pena de crimen. Con todo, más allá del problema interpretativo, la entrada en vigor de la Ley 21.121 en parte contribuye a solucionar el problema, al aumentar considerablemente las penas en los delitos de cohecho, como veremos más adelante.⁶⁸

En relación con las técnicas de investigación y medidas intrusivas, es necesario detenerse en la regulación del secreto bancario en nuestro país. Ya vimos que como parte de las estrategias globales contra la

66 Sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal, RIT 60-2016, 9 de junio de 2016, considerando undécimo (primer fallo, anulado).

67 Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de agosto de 2016, rol 2.271-2016, que acogió recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público y anuló primer juicio oral. Corte Suprema, 17 de diciembre de 2018, rol 94.972-2016, que rechazó recurso de nulidad interpuesto por la defensa en el contexto del segundo juicio oral.

68 Sección «Aumento de penas de la Ley 21.121».

corrupción se recomienda otorgar mayores flexibilizaciones en la regulación del secreto bancario, y su importancia se demuestra por la regulación que de ella hacen mención los más importantes instrumentos internacionales, como la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)⁶⁹ y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.⁷⁰ Sin embargo, y en concordancia con lo visto a propósito del informe final de la evaluación de la CICC, en Chile tenemos una legislación que no otorga suficiente flexibilidad y a la vez es compleja. En efecto, nuestra legislación reconoce dos conceptos, el secreto bancario y la reserva. Su regulación se encuentra en, a lo menos, cuatro cuerpos normativos:

- Capítulo 16 de la Ley General de Bancos, Decreto con Fuerza de Ley 3.⁷¹

69 Artículo 16, secreto bancario: «1) El Estado parte requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado parte requirente amparándose en el secreto bancario. Este artículo será aplicado por el Estado parte requerido, de conformidad con su derecho interno, sus disposiciones de procedimiento o con los acuerdos bilaterales o multilaterales que lo vinculen con el Estado parte requirente. 2) El Estado parte requirente se obliga a no utilizar las informaciones protegidas por el secreto bancario que reciba, para ningún fin distinto del proceso para el cual hayan sido solicitadas, salvo autorización del Estado parte requerido».

70 Artículo 9, ayuda jurídica recíproca: «Una parte no deberá declinar el prestar ayuda jurídica recíproca para asuntos penales dentro del ámbito de esta Convención aduciendo el secreto bancario».

71 El inciso primero del artículo 154 del Decreto con Fuerza de Ley 3 dispone una estricta confidencialidad —denominada *secreto*— respecto de las operaciones de depósitos y captaciones bancarias, cuya información los bancos solo pueden dar a conocer al titular, a quien haya sido expresamente autorizado por él o ella, o su representante legal: «Las operaciones de depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos en virtud de la presente ley estarán sujetas a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio». Luego, el inciso segundo del mismo artículo distingue lo relacionado con la denominada «reserva, pudiendo esa información ser conocida por terceros, siempre y cuando demuestren al banco tener un interés legítimo y que no sea previsible un daño patrimonial al cliente. Las demás operaciones quedarán sujetas a reserva y los bancos en virtud de la presente ley solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar un daño patrimonial al cliente». Cabe señalar que la Ley 21.130, de 2019, modificó varios aspectos de esta regulación. Antes, mediante la Ley 20.818 de 2015,

- Artículo 1 de la Ley sobre Cuentas Corrientes y Cheques, Decreto con Fuerza de Ley 707.⁷²
- Artículos 62 y 62 bis del Código Tributario.
- Artículo 2 letra b) de la Ley 19.913, sobre Lavado de Activos.
- Artículo 5, numeral 5, párrafo 2 del Decreto Ley 3.538, que Crea la Comisión para el Mercado Financiero.

Tenemos entonces distintas posibilidades para levantar el secreto bancario o la reserva. En primer lugar, de acuerdo a las dos primeras fuentes citadas, los tribunales de justicia ordinaria o militar pueden ordenar directamente que se les remitan dichos antecedentes.⁷³ En segundo lugar, a petición del Ministerio Público ante el Juzgado de Garantía para que se entregue lo relacionado estrictamente a investigaciones que en curso.⁷⁴ Por otra parte, a petición del SII, el cual puede derivar en un

se establecieron cambios en algunos aspectos del lavado de activos, y también se añadió una modificación en este capítulo, aunque ninguna de dichas modificaciones ha implicado un cambio sustancial.

72 El artículo primero del DFL 707 establece: «La cuenta corriente bancaria es un contrato a virtud del cual un banco se obliga a cumplir las órdenes de pago de otra persona hasta concurrencia de las cantidades de dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado. El banco deberá mantener en estricta reserva, respecto de terceros, el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos, y solo podrá proporcionar estas informaciones al librador o a quien este haya facultado expresamente. No obstante, los Tribunales de Justicia podrán ordenar la exhibición de determinadas partidas de la cuenta corriente en causas civiles y criminales seguidas con el librador. Igual medida podrá disponer el Ministerio Público, con autorización del juez de garantía, en las investigaciones a su cargo. Con todo, en las investigaciones criminales seguidas contra empleados públicos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Público, con autorización del juez de Garantía, podrá ordenar la exhibición del movimiento completo de sus cuentas corrientes y de los respectivos saldos. Asimismo, en las investigaciones seguidas por los delitos establecidos en los artículos 27 y 28 de la Ley 19.913, el Ministerio Público, con autorización del juez de garantía, otorgada por resolución fundada dictada en conformidad con el artículo 236 del Código Procesal Penal, podrá requerir la entrega de todo antecedente relacionado con cuentas corrientes bancarias, incluidos, entre otros, sus movimientos completos, saldos, estados de situación y demás antecedentes presentados para su apertura, de personas, comunidades, entidades o asociaciones de hecho que sean objeto de la investigación y que se relacionen con aquella».

73 En los actuales incisos quinto, sexto y séptimo del artículo 154 del DFL 3. El inciso tercero del artículo 1 del DFL 707 se expresa en el mismo sentido.

74 Se establece así también en el artículo 154 del DFL 3, en el artículo 1 del DFL 707 y en el inciso primero del artículo 62 del Código Tributario. Además, se establece expresamente que en lo referente a artículos 27 y 28 de la Ley sobre Lavado de Ac-



procedimiento seguido ante el Tribunal Tributario y Aduanero (TTA).⁷⁵ También, en virtud de la Ley 21.000, la Comisión para el Mercado Financiero tiene atribuciones expresas para acceder a información bancaria de personas específicas en el contexto de los procedimientos sancionatorios que inicie por infracciones a las leyes sujetas a su fiscalización, así como para atender solicitudes de asistencia de reguladores extranjeros con los cuales la CMF haya suscrito convenios de intercambio de información.⁷⁶ Finalmente, la Unidad de Análisis Financiero (UAF) puede solicitar el alzamiento en razón de la fiscalización que lleve a cabo.

Ahora bien, según el procedimiento regulado en el Código Tributario, el SII debe primero notificar al banco el requerimiento de entrega de información que forme parte del secreto bancario, y el banco debe

tivos, se le otorga la posibilidad al Ministerio Público de operar bajo el artículo 236 del CPP, esto es, que se le autorice la diligencia investigativa sin conocimiento del imputado. Misma disposición se encuentra en el inciso cuarto del artículo 1 del DFL 707 (de todas formas, la norma del artículo 236 CPP es de carácter general, y podría operar aunque no estuviera regulada expresamente en este inciso).

75 Los artículos 62 y 62 bis del Código Tributario regulan este procedimiento, el cual se erige como un límite a la facultad fiscalizadora del Servicio de Impuestos Internos, puesto que si el fiscalizado se opusiere a la solicitud del SII, se debe dirigir ante los TTA para obtener la información, tribunales que también pueden en virtud de esta normativa cuando conozcan de un proceso sancionatorio. Si el SII requiriere información para verificar la veracidad e integridad de las declaraciones de impuestos, o la falta de ellas, así como si entidades internacionales solicitaren la misma información, el SII debe regirse por el procedimiento dispuesto para este efecto. En cualquier caso, debe tenerse presente que se agregó un nuevo inciso cuarto en el artículo 62, en virtud de la Ley 21.130 de 2019, que dispuso lo siguiente: «Con todo, el Servicio, a través de su Dirección Nacional, podrá requerir a los bancos, a agencias o representaciones de bancos extranjeros, a casas de cambio, instituciones financieras y demás entidades con domicilio o residencia en Chile, que informen, antes del 15 de marzo de cada año, las operaciones que realicen, por encargo de terceros, correspondientes a remesas, pagos, traslados de fondos al exterior o ingresos de fondos al país, del año comercial inmediatamente anterior, por un monto igual o superior a los diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente. Para estos efectos, el Servicio deberá recabar la autorización judicial a que se refiere el inciso tercero del presente artículo».

76 Estas atribuciones se encuentran contempladas en el artículo 5 numeral 5 del Decreto Ley 3.538, que regula en detalle el procedimiento mediante el cual la Comisión para el Mercado Financiero puede acceder a dicha información, previo acuerdo del Consejo de la Comisión, con autorización de un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago y bajo estrictas condiciones de confidencialidad, ya sea para sus procesos sancionatorios por infracciones a las leyes de mercado de valores y seguros, o bien para atender solicitudes de asistencia de reguladores extranjeros.

notificar al cliente sobre este requerimiento. Si el cliente se opone o no responde a la solicitud, el SII debe presentar su solicitud ante el TTA competente, ante el cual las partes pueden presentar sus descargos y pruebas, para luego pronunciarse el Tribunal. En caso de que se acceda a la información, se ordena la absoluta reserva del SII al tratar los antecedentes. La Ley 19.913, por su parte, en su artículo 2 letra b), dispone que la UAF también puede solicitar el alzamiento del secreto bancario o reserva en caso de que identifique alguna operación sospechosa en el marco de la fiscalización que está facultada a realizar. La solicitud la resuelve un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago y el rechazo puede ser apelado ante la misma Corte.

Se observará en consecuencia que la dispersión normativa y procedimental es un problema operativo, puesto que establece solicitantes y procedimientos distintos, que pueden ser fundamentales para llevar adelante la investigación, por ejemplo, con información muy tardía o incompleta. En un sentido similar, la OCDE ha precisado algunas dificultades en relación con el secreto bancario, por ejemplo, que los bancos ponen trabas luego de que se les ordena remitir los antecedentes por orden judicial, un tiempo excesivo en la respuesta (entre uno y tres meses), información incompleta, documentos entregados en forma impresa en lugar de formato electrónico, información fragmentada de diferentes sucursales del mismo banco y falta de medidas para mantener la confidencialidad (OCDE, 2018: 34 y 35).

Otro déficit del sistema —recientemente abordado, como veremos a continuación— lo encontramos en materia de protección a denunciantes. No debe olvidarse que el Estado debe procurar tomar conocimiento a la brevedad de aquellas prácticas que conculcan gravemente la probidad administrativa, por lo que es imperioso brindar a los denunciantes las herramientas necesarias que les permitan alertar a la Administración del Estado, sin temor a eventuales actos de represalias, acerca de la comisión de prácticas corruptas. Esa fue la finalidad de la Ley 20.205, que desde 2007 protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad, por medio de modificaciones al Estatuto Administrativo y al Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. Sin embargo, ha demostrado ser insuficiente, pues no resulta aplicable a funcionarios que se encuentran sujetos a otros regímenes estatutarios, contratados a honorarios o bajo el régimen contractual normado por el Código del Trabajo. Asimismo, la normativa no dispuso de un

canal que facilite el cumplimiento del deber de denuncia y que permita a la Administración tomar conocimiento, a la brevedad, de aquellos actos que lesionan el correcto ejercicio de la función pública.

Por otra parte, si bien existen medidas de protección de los testigos —como los artículos 307 y 308 del CPP, que permiten mantener en reserva su domicilio e incluso su identidad durante la etapa de investigación—, estas parecen ser insuficientes. De hecho, solo se permite al Ministerio Público disponer medidas administrativas destinadas a proteger exclusivamente a víctimas y testigos, pero excluye de tal beneficio a los denunciantes que no sean, con posterioridad, intervinientes en el proceso penal. Entendiendo que la denuncia es la principal herramienta que permite ingresar causas al sistema procesal penal, al no contar el denunciante con herramientas que lo protejan adecuadamente frente a posibles represalias que puedan adoptar en su contra los denunciados con motivo de la denuncia y que puedan ponerlo en riesgo tanto a él como a su familia, es que disminuye la capacidad que tiene el Ministerio Público para descubrir a tiempo los hechos constitutivos de delito y así perseguirlos de forma oportuna, circunstancia que se erige como un factor relevante en el aumento de lo que se conoce en criminología como «cifra negra» de delitos. Incluso varios organismos internacionales han recomendado modificar esta materia, para establecer un sistema robusto de protección para denunciantes. Por ejemplo, en el marco del cumplimiento a la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, ratificada por nuestro país en 2001, el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales (WGB, por sus siglas en inglés), en la cuarta fase de evaluación desarrollada en 2018 presentó las siguientes recomendaciones a nuestro país:

- a) Adoptar, de manera prioritaria, un marco regulatorio apropiado para proteger a los empleados del sector privado que denuncien sospechas de cohecho extranjero, de acciones discriminatorias o disciplinarias en su contra; b) Brindar una protección adecuada y comprehensiva a los denunciantes en el sector público; [...] e) Realizar esfuerzos para incrementar las denuncias de cohecho extranjero por parte de funcionarios públicos a través de i) hacer de las obligaciones de denunciar bajo el Código de Procedimiento Penal, el Estatuto Administrativo y la Ley



19.913, obligaciones más consistentes entre sí [...] y; iii) hacer cumplir la obligación de los funcionarios públicos de denunciar la sospechas de crímenes, e imponer sanciones a aquellos que infrinjan dicha obligación (OCDE, 2018: 15-17).

También el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, en la quinta ronda de evaluación llevada a cabo durante 2017, recomendó al Estado de Chile lo siguiente: «Adoptar, a través de la autoridad correspondiente, una regulación integral sobre protección de los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno».⁷⁷ Por ello es que, en virtud de un proyecto de ley presentado en 2020, el XXX se publicó y entró en vigor la Ley XXX, que Establece un Nuevo Estatuto de Protección en Favor del Denunciante de Actos Contra la Probidad Administrativa, el cual, entre sus principales innovaciones: i) establece un canal de denuncias de la Contraloría General de la República; ii) consagra la reserva de la identidad del denunciante, así como de la denuncia y de los antecedentes acompañados a esta; iii) refuerza las medidas de protección en favor del denunciante, tanto en el sector público como privado; iv) establece un deber de denuncia aplicable a todo el personal de la Administración del Estado, cualquiera sea su régimen estatutario; v) establece la sanción de destitución para el funcionario público que ejerce acciones de hostigamiento en contra del denunciante o testigo; y vi) modifica el Código Penal en lo referente al delito de denuncia calumniosa, sustituyendo el actual artículo 211 y agregando nuevos artículos 211 bis y 211 ter. Además, agrega un nuevo artículo 246 bis, que tiene como función complementar la regulación ya existente sobre violación de secreto para así proteger de mejor manera la información que se maneje a propósito de este sistema de denuncias y los procedimientos que de estas se deriven.⁷⁸

Más allá de la investigación, debemos también tener presente que en nuestro país existen reglas especiales sobre querellantes, las que inciden

⁷⁷ Informe final de Chile, vigésima octava reunión del Comité de Expertos del MESICIC, aprobado en la sesión plenaria del 17 de marzo de 2017, pp. 65-66, disponible en <https://bit.ly/43DPitT>.

⁷⁸ Volveremos sobre esta ley a propósito de las últimas estrategias legislativas.

directamente en los casos de corrupción, en especial los más complejos. La regla general, de acuerdo con el artículo 111, inciso primero del CPP, es que la querrela solo la puede presentar la víctima del delito, su representante legal o sus herederos testamentarios. Sin embargo, el inciso segundo permite que cualquier persona capaz de parecer en juicio que tenga su domicilio en la provincia respectiva podría hacerlo si se trata, entre otros, de delitos contra la probidad pública. El inciso tercero permite, además, que distintos órganos públicos puedan querrellarse cuando sus propias leyes orgánicas les entreguen dichas potestades. Pues bien, en la práctica, el uso de estas dos reglas especiales se ha traducido en una intervención intensa de querellantes en este tipo de casos. Por ejemplo, en el caso Penta intervinieron al menos cinco querellantes, dos de ellos institucionales: el SII, con el interés de fortalecer la persecución de las infracciones tributarias en el caso, y el Consejo de Defensa del Estado, en representación general del patrimonio fiscal. La intervención simultánea de diversos querellantes puede en algunos casos obstaculizar la investigación y el desarrollo de las audiencias, generando confusión o incluso contradicción entre distintas acusaciones que, por ejemplo, sostengan distintas teorías del caso y afecten la eficacia de la persecución penal.⁷⁹

Esta misma amplitud de querellantes conlleva al manejo de información sensible durante la investigación por varios actores. Esto deja en evidencia la necesidad de contemplar una regulación especial en materia de reserva o privacidad de la investigación cuando se trata de delitos corrupción, ya que en la actualidad se rigen por la regla general establecida en el artículo 182 del CPP, por lo que son en consecuencia reservadas las actuaciones del Ministerio Público y las policías durante la etapa de investigación para terceros, pero de libre acceso para el imputado y otros intervinientes como, precisamente, los querellantes, aunque el fiscal tiene la facultad excepcional de decretar la reserva de piezas específicas de la investigación por un plazo máximo de cuarenta días, ampliables por una vez por el mismo período y por razones fundadas. Sin embargo, bien puede plantearse la necesidad de hacer extensivas reglas especiales, como aquella de la Ley 20.000, que sanciona el tráfico de drogas, y que en su artículo 36 permite al Ministerio Público mantener el secreto de piezas de investigación hasta su cierre. Asimismo, la propia

79 Sin perjuicio de que, como veremos en la sección siguiente, la amplitud de querellantes puede ocasionar espacios de corrupción dentro del sistema de justicia.

Ley 19.913 sobre Lavado de Activos regula en su artículo 32 la posibilidad de extender el secreto de la investigación respecto del imputado y otros intervinientes por un período de seis meses ampliables por una vez. De hecho, se ha señalado que en la práctica los fiscales recurren a la estrategia de imputar infracciones de estas legislaciones especiales, en particular las de la Ley de Lavado de Activos, junto con los delitos de corrupción, para acceder a estas reglas especiales en los casos en que sea posible (Duce y otros, 2019: 90).

En lo que respecta al término de las causas, profundizaremos sobre la política institucional de los fiscales para decidir sobre una suspensión del procedimiento o de un procedimiento abreviado a la hora de analizar la estrategia institucional del Ministerio Público.⁸⁰ Sin embargo, sí cabe en esta parte referirnos a la falta de regulación en el proceso penal de las llamadas *reformalizaciones*, en virtud de las cuales se reformulan los hechos de la formalización, lo que puede traer como consecuencia una recalificación jurídica de los delitos imputados y, como efecto final, facilitar el término de una causa. El problema es que ha permitido a los fiscales restringir la imputación respecto de hechos y personas con serias consecuencias. Por ejemplo, en el caso Penta se recurrió a esta práctica con el propósito de excluir la participación y control de los querellantes, en especial al CDE y a un querellante particular frente a las decisiones del fiscal, como vimos antes en relación con el CDE como querellante. Lamentablemente, esto sigue sucediendo hasta hoy.⁸¹

80 Sección «Ministerio Público».

81 En una causa llevada por la Fiscalía Metropolitana Oriente, el exdirector de Educación de la Municipalidad de Providencia, Mariano Rosenzvaig, y el exdirector de Administración y Finanzas, Jaime Brito, fueron formalizados en 2020 por hechos constitutivos de malversación de caudales públicos en el período de 2012 a 2016, por montos correspondientes a 1.643 millones de pesos, y se señaló en la audiencia de formalización que arriesgaban una pena desde los cinco años y un día hasta los quince años. En noviembre de 2022, el Ministerio Público presentó un escrito ante el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago: «Vengo a solicitar [...] citar a todos los intervinientes de esta causa, con el objeto de que en esta misma audiencia (del 11 de noviembre) el Ministerio Público pueda reformular la investigación y, a su vez, proceder de acuerdo a las normas del procedimiento abreviado respecto del imputado Jaime Brito Jara y salida alternativa respecto del imputado Mariano Rosenzvaig Hernández». «Ofrecen salidas distintas a juicio a uno de los fundadores de RD y a exdirectivo de Providencia imputados por malversación», *Emol*, 4 de noviembre de 2022, disponible en <https://bit.ly/444omgF>.

Un aspecto que requiere una revisión urgente es si la regulación actual de los juicios orales es adecuada para enfrentar casos complejos de corrupción. Si bien —y en sintonía con los delitos en general— son muy pocos los casos que llegan a juicio oral,⁸² cuando ello ha sucedido se han producido serias dificultades. Una de las más evidentes se relaciona con la excesiva duración de estos procedimientos, si consideramos desde que toma conocimiento el Ministerio Público hasta que concluye el caso mediante el juicio oral. Si ya en 2018 los tiempos de duración en el caso de delitos funcionarios eran de 825 días⁸³ en 2021 ese promedio se extendió a 1.253 días, casi el doble de duración que el de todos los delitos que terminan por juicio oral, que en 2021 fue de 769 días.⁸⁴ Entonces, no solo la duración de toda la investigación, sino que la duración misma del juicio oral se torna extremadamente compleja.⁸⁵ Se trata de un problema que seguirá por cierto enfrentando nuestro sistema de justicia.

Esto se relaciona con otros problemas durante el desarrollo de las audiencias. Por ejemplo, se deben presentar extensas lecturas de documentos para introducirlas como prueba documental; o que, precisamente por ser juicios de tan larga duración, las jornadas diarias terminan de manera anticipada para liberar tiempo diario de los jueces a otras causas o bien para redactar documentos que luego podrían incorporarse a la sentencia;

82 Pueden señalarse a la fecha los casos *Fragatas*, *Corpesca* y *Carabineros*

83 Ministerio Público, «Boletín estadístico anual: Enero-diciembre 2018», tabla 10, disponible en <https://bit.ly/3b6Qjhy>.

84 Ministerio Público, «Boletín estadístico anual: enero-diciembre 2018», tabla 10, disponible en <https://bit.ly/3b6Qjhy>.

85 En diciembre de 2019, a través del Oficio FN 1111-2019, el Ministerio Público propuso alternativas para mejorar estas complejidades. Así, respecto de la nulidad del juicio oral debido a su suspensión por más de diez días, señala que los jueces deberían ser más flexibles y no obligar a anular un juicio por esa razón. También se propuso incluir la figura del testigo hostil, a través de la cual se podrán utilizar las herramientas de la contrainterrogación en el examen directo, ya que algunos testigos son reacios a responder preguntas del Ministerio Público en juicios e incluso cambian declaraciones hechas antes por escrito. Además, se propone aumentar el plazo para interponer recursos de nulidad en juicios excepcionalmente largos, en que incluso los fallos pueden superar las mil páginas de extensión; de este modo, se sugiere aumentar progresivamente el plazo de diez días, sumando un día más por cada mes de extensión del juicio oral (Duce y otros, 2019: 291). Con todo, cabe destacar que parte de estas materias se abordaron con la Ley 21.394 de 2021, la cual estableció, entre otros aspectos, más número de suspensiones posibles para juicios que se extiendan por más de seis meses o un año (inciso cuarto, nuevo, del artículo 283 CPP).

o que el ritmo de la audiencia es más lento debido a que el juez redactor suele tomar notas detalladas de lo que va sucediendo en la audiencia. Si a esto se suma el enorme volumen de contenido probatorio que se produce en estos juicios, que no siempre es expuesto de manera lógica y ordenada por los acusadores, se puede comprender la dificultad para los jueces de comprender a cabalidad y de manera integral toda la prueba, que por lo demás no es debidamente seleccionada en la audiencia de preparación de juicio oral, cuestión que parece ser más bien transversal para la generalidad de los delitos que llegan a juicio oral.⁸⁶ Todos estos factores pueden explicar los resultados en virtud de los cuales pocas veces se llega a juicio oral y, cuando se llega, en un porcentaje no menor se producen absoluciones. Con todo, desde el Ministerio Público se ha planteado otro factor, que estaría relacionado con un mayor estándar de exigencia probatoria desde los tribunales, en comparación a otros delitos.⁸⁷

86 Los problemas relativos al desarrollo que tienen las audiencias de preparación de juicio oral en nuestro país se han documentado en diversos estudios, los que han demostrado, entre otros hallazgos, que tienen un promedio excesivamente breve de duración, con un escaso desarrollo técnico argumentativo por parte de los intervinientes y un comportamiento pasivo de los jueces, al no solicitar antecedentes adicionales para resolver sobre la admisibilidad de la prueba (Duce, 2020).

87 Interesante la recopilación que presenta el estudio de Espacio Público al recordar que un fiscal regional, a cargo de la persecución penal del caso Basura, ha enfatizado las dificultades de obtener condenas debido a las altas exigencias probatorias y de estándar que habrían impuesto los tribunales orales. Así, al conocerse el veredicto en la «arista Ñuñoa», por el cual se absolvió a los dos imputados, sostuvo: «Alguna vez, la Asociación de Magistrados se molestó por una frase que dije yo: “Los jueces ponderan de una manera distinta algunos casos versus otros. Los jueces no tienen mucha complicación con condenar en delitos de robo... Una imagen, un testigo son suficientes para eso. Los jueces no tienen la misma profundidad para ponderar otro tipo de casos”». Luego, en una entrevista a Radio Biobío en enero de 2019, después de conocer la absolución de la «arista Colina» de dicho caso, manifestó: «Sentí que no habíamos logrado ese estándar que el tribunal había querido, pero es un tema de estándar probatorio que en los delitos comunes que afectan a nuestra sociedad, los tribunales hacen una ponderación más simple [...] en este tipo de casos, la ponderación sube. Es un tema que está pendiente en nuestro sistema [...]. El tribunal exige elementos probatorios muy difíciles de justificar». Con todo, un recurso de nulidad en el caso fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago, precisamente debido a que las pruebas presentadas en el juicio no habían sido suficientes para condenar a los cuatro acusados. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago corresponde a la causa RIT 2.556-2019, del 15 de julio de 2019. La misma Corte de Apelaciones rechazó también, en abril de 2019, el recurso de nulidad presentado en contra de la absolución por la arista Ñuñoa del caso en causa RIT 1.002-2019, del 25 de abril de

Ahora bien, independiente del procedimiento utilizado, en los casos en que las investigaciones de causas complejas de corrupción han terminado en una sentencia condenatoria, un altísimo porcentaje corresponde a penas sustitutivas.⁸⁸ Ello obedece en parte a un problema estructural del sistema de determinación de penas vigente desde el Código Penal de 1875, pero también a la baja penalidad que tradicionalmente han tenido los delitos corrupción, cuestión que en gran medida ha sido subsanada por la Ley 21.121 de 2018, pero que naturalmente no era aplicable a los casos que hemos referido en este capítulo.

Si bien podemos observar otros problemas en el desarrollo de las investigaciones de causas especialmente complejas, que pueden relacionarse con la eficacia y oportunidad del juzgamiento,⁸⁹ hemos expuesto aquí aquellos inconvenientes más estructurales dentro del sistema para pesquisar estos delitos. Antes de profundizar en algunas estrategias institucionales para contribuir a superar estos problemas, veremos la exposición del sistema de justicia a la generación de prácticas corruptas en el seno de sus instituciones

2019 (Duce y otros, 2019: 133). Con todo, también se esgrimió más tarde como posibles causas de la absolución el haber separado las acusaciones en las cuatro aristas que presentaba el caso Basura, en virtud de la facultad del artículo 274 inciso segundo CPP, que aplicó el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago y luego ratificada la resolución por la Corte de Apelaciones de Santiago. Véase Maximiliano Vega, «Fiscal metropolitano occidente: “Lo lógico hubiera sido un solo juicio en el caso *Basura*”», *El Mercurio*, 26 de mayo de 2019, p. C15, disponible en <https://bit.ly/42H4NcQ>.

88 No es posible contar con una estadística desagregada de las causas de corrupción, toda vez que la información que el Ministerio Público publica a través de sus boletines estadísticos solo considera como categoría los «delitos funcionarios», sin referencia a delitos específicos. Sin embargo, es posible constatar que de los cientos de imputados y condenados en los casos que hemos comentado, solo dos sentencias registran penas privativas: la sentencia dictada en el caso *Fragatas* tras el segundo juicio oral —luego de que el primero fuera anulado—, que corresponde a la sentencia causa RIT 60-2016 del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, del 10 de noviembre de 2016; y la sentencia del caso *Corpesca*, que corresponde a la causa RIT 309-2018, también del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, del 16 de abril de 2021.

89 Por ejemplo, la tramitación de recursos de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, la gestión ante las Cortes de Apelaciones y Suprema de desafueros, y la disponibilidad de equipos especializados para pruebas periciales sobre evidencia digital o auditorías forenses.

Impacto de la corrupción en el sistema de justicia penal

En el caso de Chile, no ajeno a la situación comparada, nuestro sistema de justicia penal presenta un ecosistema en el que intervienen distintas instituciones, con diversas naturalezas orgánicas, grados de autonomía, capacidad de gestión, etcétera. Así, encontramos al Poder Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, la Policía de Investigaciones, Carabineros de Chile, peritos institucionales o privados, abogados querellantes y querellantes institucionales como el Consejo de Defensa del Estado o el Servicio de Impuestos Internos, entre otras. Esto permite considerar la amplia posibilidad de que prácticas corruptas se presenten en distintos momentos y de variadas formas en cualquiera de estas instituciones. Por ello, se ha sostenido que:

Diferentes actores están sometidos a un mayor riesgo de corrupción a lo largo de las diferentes etapas del proceso. Antes de que un caso llegue al tribunal, abogados y fiscales están expuestos a influencias políticas o sobornos con el objetivo de que se manipule la evidencia y/o las acusaciones presentadas ante las cortes competentes. Durante los procesos judiciales, jueces, abogados y secretarios judiciales pueden ser contactados para influenciar en la decisión de un caso, acelerar o retrasar el curso del proceso, hacer que se abandonen los cargos o que se altere el veredicto final. Una vez concluido el proceso, los abogados pueden ser conminados a no apelar o recurrir la sentencia. Jueces, fiscales y su personal auxiliar y administrativo también pueden ser corrompidos para revelar información confidencial sobre el desarrollo de las investigaciones penales (de manera hipotética, una corte o el personal de la fiscalía corruptos podrían proporcionar información sobre las investigaciones en curso a los sospechosos o acusados).⁹⁰

Dada la complejidad y sofisticación de todo sistema de justicia —y el chileno por cierto no es ajeno a ello—, los riesgos de ser afectado por prácticas corruptas son altísimos; además, cualquiera de ellos que se concrete genera un enorme impacto, lo que ha llevado a sostener que «es simplemente imposible realizar una campaña exitosa contra la

90 Asamblea General de las Naciones Unidas, «Informe del relator especial sobre la independencia de magistrados y abogados», A/72/140, 25 de julio de 2017, párr. 66, disponible en <https://undocs.org/A/72/140>.

corrupción si esta tiene carácter institucional dentro de los organismos encargados de hacer cumplir la ley». ⁹¹

Un caso ilustrativo reciente en nuestro país y que afectó directamente al Poder Judicial es lo ocurrido en la Corte de Apelaciones de Rancagua, donde se investigó la responsabilidad penal en el ejercicio de funciones de entonces tres ministros de dicho tribunal de la región de O'Higgins por hacer valer de manera indebida sus cargos y posiciones funcionarias, con el objetivo de obtener beneficios para sí y para terceros. El caso implicó la remoción por parte de la Corte Suprema de dos de los ministros —ya que el tercero se había suicidado—. Las acusaciones presentadas por el Ministerio incluyen 24 delitos de prevaricación, más los delitos de enriquecimiento ilícito, cohecho agravado reiterado y nombramientos ilegales, por lo que se solicitó la imposición de penas de hasta diez años de presidio.

Más allá de este caso, que desde luego es de extrema gravedad, existen otras prácticas alojadas en el sistema penal que es necesario erradicar. Entre ellas, encontramos lo que sucede con la difusión de antecedentes de una investigación, cualquiera sea la materia que se trate, en los medios de comunicación. En relación con esto, cabe recordar que en la sección anterior expusimos los problemas que puede generar en la eficacia de la persecución penal el estatuto general de la admisibilidad de querellantes, tanto institucionales como privados. Esa misma amplitud de querellantes, sumada a la concurrencia necesaria del Ministerio Público, también genera riesgos que en nuestro sistema se concretan de rechamente en filtraciones durante las investigaciones en su etapa más preliminar. ⁹² Un estudio reciente tendería a demostrar que si bien la cobertura de los medios de comunicación tiende a poner el acento en que provendrían principalmente del Ministerio Público, podrían ser tanto de fiscales como de otros intervinientes, los imputados y sus defensas, y

⁹¹ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, «Derechos económicos, sociales y culturales», E/CN.4/Sub.2/2005/18, 22 de junio de 2005, párr. 19, disponible en <https://undocs.org/E/CN.4/Sub.2/2005/18>.

⁹² Otro riesgo derivado de la multiplicidad de querellantes es que podría utilizarse esta facultad en forma fraudulenta por un imputado a través de un querellante solo aparente. Así sucedió en un caso de alto perfil público por un delito de homicidio calificado en el cual uno de los acusados, el marido de la víctima, habría contratado a un sicario para asesinarla. En el proceso intervino como querellante la hija de ambos, quien en la práctica sostenía la inocencia de su padre, por lo que el abogado querellante intervino casi como segundo defensor en el juicio. Véase Fluxá (2019).

también querellantes, aunque no necesariamente de los equipos investigativos de las policías (Duce y otros, 2019: 102). Sin perjuicio de ello, es lamentable que a pesar de la cantidad de filtraciones y las investigaciones penales y administrativas, casi no se conocen sanciones sobre la materia, más allá de algún caso en particular en que se habría producido la remoción de fiscales.⁹³

Pero, si como se señala en ese mismo estudio, las filtraciones en estos casos no necesariamente han afectado el curso de las investigaciones, ¿cuál sería entonces el riesgo que conllevan? Los riesgos son varios, partiendo porque implica el incumplimiento de normas fundamentales que componen el debido proceso. Pero, además, la complicidad que se genera en estas infracciones entre quien traspasa la información y quien la recibe da cuenta de canales de favores recíprocos de insospechadas ramificaciones, si no derechamente de pagos y beneficios para un fin ilícito.

93 Esto es lo que habría ocurrido con la decisión de Alberto Ayala, entonces fiscal regional metropolitano oriente, de separar del caso Corpesca a los fiscales Carlos Gajardo y José Antonio Villalobos en 2015. Véase Claudia Miño, «Fiscal Ayala defiende salida de Gajardo del caso Corpesca y acusa filtraciones», *Biobío Chile*, 10 de junio de 2015, disponible en <https://bit.ly/43Dr9xx>; y Duce y otros (2019: 103).



Capítulo 3

Estrategias institucionales y normativas contra la corrupción

Estrategias institucionales

Contraloría General de la República

Más allá de la relevancia que tiene la Contraloría General de la República a través de sus funciones ordinarias en la prevención y detección de la corrupción, su inclusión en este apartado obedece a la magnitud de las propuestas realizadas últimamente bajo una mirada integral. En efecto, ya en 2019 comenzó la elaboración participativa de una Estrategia Nacional Anticorrupción. En ese contexto, se celebró una amplia consulta ciudadana en la que participaron más de 16.000 personas. En este análisis, el 85% de los encuestados indicó que la Contraloría es la entidad responsable de combatir la corrupción en Chile, lo que se condice con el Noveno Estudio Nacional de Percepción del Derecho a la Información en Funcionarios Públicos, publicado por el Consejo para la Transparencia en 2020. Dicho estudio señaló que el 65% de los consultados mencionó a la Contraloría como una de las tres organizaciones en que más confiaba para luchar contra la corrupción. En ese contexto, la Estrategia contempla 25 medidas agrupadas en tres pilares.¹

El primer pilar, denominado «Una buena Administración», propone siete medidas destinadas a construir instituciones con las capacidades humanas, normativas y de gestión necesarias para asegurar que la Administración del Estado pueda responder de manera oportuna a las demandas de la ciudadanía y actuando siempre conforme a los principios de integridad, transparencia, rendición de cuentas y control:

¹ Para ello, se consideró inicialmente que los principales desafíos en materia de combate a la corrupción consistían en: i) regular los conflictos de intereses; ii) promover el establecimiento de sistemas de prevención organizacional; iii) establecer mecanismos de protección a quienes denuncian; iv) fortalecer las instituciones de control e investigación; y v) avanzar en penas efectivas y disuasorias.



- Consagrar el derecho a la buena Administración.
- Establecer la exclusividad en el ejercicio de la función pública.
- Impulsar la articulación de una Administración pública eficiente, ágil y descentralizada, a través del establecimiento de un cuerpo funcionarial del Estado.
- Modernizar el sistema del personal de la Administración del Estado.
- Elevar los estándares de control e integridad en los gobiernos regionales, municipalidades y corporaciones municipales.
- Fortalecer las capacidades institucionales del nivel central, regional y municipal.
- Aumentar la formación y generación de conocimiento anticorrupción a través del Centro de Estudios de la Administración del Estado de la Contraloría.

El segundo pilar, «Protección de los recursos públicos», prevé doce medidas que buscan articular un sistema control que permita asegurar que cada peso público se invierta donde debe ir:

- Establecer el principio de control externo de los recursos públicos.
- Fortalecer el rol anticorrupción de la Contraloría a través de la facultad de aplicar sanciones directas en faltas a la probidad y acceso general a información de la Administración.
- Consolidar la contribución de la Contraloría al fortalecimiento de la integridad, la transparencia, la rendición de cuentas y el control.
- Intensificar el uso de tecnologías para prevenir la corrupción en la Administración.
- Perfeccionar y ampliar las obligaciones en materia de declaración de intereses y patrimonio.
- Mejorar los procesos de investigación penal de los casos de corrupción.
- Conformar un sistema de denuncias anticorrupción para el sector público y privado.
- Desarrollar iniciativas anticorrupción con perspectiva regional en el trabajo de la Contraloría.
- Disminuir los riesgos de corrupción en el sistema de compras públicas.



- Elevar los estándares de transparencia y probidad para la protección al medioambiente.
- Disminuir los riesgos de corrupción en materia de inversión de obra pública.
- Regular el principio de integridad en la labor que cumplen las empresas estatales.

Finalmente, encontramos el tercer pilar, «Probidad y democracia», orientado a la consolidación de una sociedad con altos estándares éticos y con una institucionalidad comprometida irrestrictamente con el respeto cívico, la integridad y los derechos humanos:

- Fortalecer la autonomía administrativa, funcional y financiera de la Contraloría.
- Consagrar el principio de integridad en la esfera pública.
- Robustecer los mecanismos de transparencia y rendición de cuentas de las instituciones públicas.
- Fortalecer la probidad en las instituciones penitenciarias, de orden, seguridad y defensa nacional.
- Fortalecer la coordinación interinstitucional y el desarrollo de iniciativas para mitigar el efecto diferenciado de la corrupción en grupos históricamente vulnerables.
- Aumentar la concientización de la lucha contra la corrupción.

Dentro de las últimas acciones que pueden destacarse como una concreción de estas medidas, y sobre todo respecto del pilar referente a la protección de los recursos públicos, puede destacarse la publicación de la Ley XXX el XXX, que establece un estatuto de protección al denunciante de corrupción —que analizaremos más adelante—, y la publicación de un dictamen con diversas medidas referidas a los procesos de compras públicas de bienes y servicios que contempla la Ley 19.886 (Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios), entre ellas, que los organismos públicos utilicen los sistema de información y seguimiento de contratos de la Dirección de Compras y Contratación Pública; mantengan actualizada la información sobre comportamiento contractual de los proveedores; se recurra adecuadamente, cuando corresponda, a las bases tipo de licitaciones, y que «se incluya en las bases de licitación un criterio de evaluación referido a si los oferentes cuentan con programas de integridad que sean conocidos



por su personal. En el caso de los tratos directos, esa materia deberá ser mencionada en algunas de las cláusulas contractuales».²

Ministerio Público

No es necesario ahondar en demasía respecto de la importancia del Ministerio Público como órgano para la detección, investigación y sanción de la corrupción. Sin embargo, y considerando que desde su creación ha sido una tendencia al alza el deber enfrentar grandes y complejos casos de corrupción, su adaptación orgánica y funcional no ha ido a la par.

Dentro de los aspectos favorables, a nivel normativo sí parece adecuada la flexible regulación sobre la dirección de las investigaciones. En efecto, los fiscales pueden investigar separada o conjuntamente los delitos cuando lo estimen conveniente, pudiendo separar en cualquier momento investigaciones que antes decidieron llevar adelante en conjunto, teniendo como único límite el que dos fiscales diversos estén investigando un mismo hecho y eso pueda afectar el ejercicio de derechos del imputado (artículo 185 CPP), sumado al principio de unidad contemplado en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Ley 19.640), según el cual el Ministerio Público puede llevar adelante sus investigaciones a través de cualquiera de sus funcionarios.

Con todo, existen dos normas especiales que permiten en ciertos casos que la investigación de los delitos sea asumida directamente por el fiscal nacional o un fiscal regional. En efecto, el artículo 18 de la Ley 19.640 permite que el fiscal nacional, de oficio y de manera excepcional, asuma la investigación de un delito cuando la investidura de las personas involucradas como imputadas o víctimas lo haga necesario para garantizar la independencia y autonomía de la investigación.³ El artícu-

2 Corresponde al Dictamen E370752, del 20 de julio de 2023. Lo novedoso sobre esta última medida no es que las bases de licitación deban incluir la evaluación sobre si se cuenta por los oferentes con «programas de identidad». Lo novedoso es que se evalúe que estos programas sean «efectivamente» conocidos por el personal. Esto es coherente con la reforma introducida por la Ley de Delitos Económicos, en que un modelo de prevención no solo debe ser diseñado *adecuadamente*, sino además debe ser implementado *efectivamente*, es decir, que sea conocido y aplicado por todos quienes integran la organización.

3 Así sucedió en el caso Penta, en el cual el entonces fiscal nacional Sabas Chahuán hizo uso de las facultades del artículo 18 y asumió la investigación con el apoyo de un equipo de trabajo.

lo 19, por su parte, permite que el fiscal nacional, de oficio y de manera excepcional, disponga que un fiscal regional asuma una investigación cuando se trate de delitos que por su gravedad o complejidad lo hagan necesario. Dicha norma también permite que el fiscal regional designado sea distinto a aquel en cuyo territorio se cometió el delito cuando exista la necesidad de operar en varias regiones del país. En la práctica, esto se ha traducido en que los delitos de corrupción más importantes sean investigados por unidades especializadas en delitos complejos que buena parte de las fiscalías regionales han creado a lo largo del país. Sin perjuicio de que en dichas unidades es común que se asigne un fiscal como responsable principal del caso, lo habitual es que exista un trabajo de equipo organizado en atención a sus complejidades.

Con todo —y más bien como un problema estructural del Ministerio Público, no solo respecto de los fiscales que dirigen investigaciones de corrupción—, existe una percepción negativa respecto de la preparación y formación de los fiscales y la calidad de su trabajo, lo que podría explicarse por una endogamia en la selección de nuevos fiscales, pese al diseño original del Ministerio Público. En efecto, la Ley Orgánica del Ministerio Público (artículos 41 y 42) contempla un sistema de selección abierto, basado en concursos públicos, que otorga cierta flexibilidad en el ingreso y egreso, muy distinto a la noción de una verdadera carrera funcionaria como la que existe para los jueces, ya que el rol de fiscal requiere de un dinamismo más cercano al de un abogado litigante que al tipo de cultura institucional presente en el ámbito judicial, caracterizado por la pasividad y la estabilidad. Sin embargo, con el pasar de los años se estableció una demanda corporativa por parte de los fiscales y demás empleados, quienes pidieron la creación de una carrera estable que les permitiera ir escalando posiciones a lo largo del tiempo. Si bien no ha habido modificaciones legales en la materia, vía reglamentación interna estos concursos han tendido a consolidar dicha endogamia, lo que ha impedido la llegada de abogados con experiencias diferentes y nuevas ideas para el cargo de fiscal, excluyendo a personas que por sus posiciones profesionales no están dispuestas a iniciar su carrera en los niveles más bajos de la institución (Duce y otros, 2019: 41-43).⁴

4 El estudio de Duce y otros (2019) recoge importantes hallazgos según las percepciones de los propios integrantes del Ministerio Público, junto con citar un reportaje con cifras categóricas sobre este fenómeno endogámico. Esta nota da cuenta

Por otra parte, habida cuenta de la histórica dificultad de los organismos públicos en nuestro país para trabajar en forma coordinada, parece positivo destacar que entre 2016 y 2022 el Ministerio Público ha firmado diversos convenios de colaboración para intercambiar información y realizar capacitaciones con Chile Transparente, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Consejo de Defensa del Estado, la Superintendencia de Educación, Chilecompra, la Contraloría General de la República y la Unidad de Análisis Financiero, entre otras.⁵

Desde luego, quedan desafíos pendientes que ya se habían destacado varios años atrás. Por ejemplo, recordemos que en 2015 el Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción propuso la generación de un sistema oficial de estadísticas que permita dar seguimiento a la incidencia de los delitos de corrupción, el cual fue recogido en la Agenda de Probidad y Transparencia de dicho año; no obstante, no se conocen avances en esta materia,⁶ aunque se cuenta con alguna estadística. Así, es posible verificar

da cuenta de que, de 145 ingresos a fiscales adjuntos en el período, 144 ya trabajaban en la institución: 129 asistentes de fiscales, 10 abogados asesores, 4 jefes de unidad y un abogado asistente («Fiscales: ¿quiénes asumen y de dónde vienen?», *El Mercurio Legal*, agosto de 2019, disponible en <https://bit.ly/43SocJe>). También menciona otro estudio del mismo medio con estadísticas similares: en un período previo de cinco años solo hubo tres ingresos externos de 257 cargos (Alejandra Zúñiga y Sofía Martín, «Ministerio Público ha nombrado solo a tres abogados externos como fiscales en los últimos cinco años», *El Mercurio Legal*, 26 de febrero de 2015, disponible en <https://bit.ly/3Ng5swy>).

5 En relación con esta coordinación interinstitucional, una instancia la constituye el denominado Portal Anticorrupción, una iniciativa conjunta de la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, cuyo objetivo principal sería facilitar el acceso ciudadano a información sobre investigaciones de hechos que pudiesen ser constitutivos de actos de corrupción y a su resultado, considerando las limitaciones legales sobre publicidad que rigen en la materia, como se señala expresamente en su sitio web. Sin embargo, se trataría de una instancia que ya ha quedado obsoleta, al observar que —al momento de esta publicación— las últimas noticias corresponden al 2020, la documentación virtual solo hasta 2017 y la última legislación que se incluye es la reforma constitucional en materia de transparencia, modernización del Estado y calidad de la política, que corresponde a la Ley 20.414 de 2010. Véase su sitio web, disponible en <https://www.anticorrupcion.cl/>.

6 Véase, respecto de esta parte, «Prevención de la corrupción», *Observatorio Anticorrupción*, disponible en <https://bit.ly/43ELnab>. Si bien no es competencia del Ministerio Público, vale la pena destacar que tampoco se conocen avances respecto de la medida consistente en fortalecer la capacidad investigativa de la Policía de In-

que las investigaciones de corrupción representaron el 0,2% del total de investigaciones que ingresaron al Ministerio Público entre 2016 y 2022, registrándose en 2021 un total de 2.985 causas iniciadas en la materia, en tanto 3.471 causas de corrupción concluyeron en el mismo período, pero se desconocen mayores detalles y desglose de esta información, ya que, como se señala, no se trata de un sistema de información sistemático y permanente.⁷ Es posible observar esto mismo a raíz de las investigaciones de los casos de financiamiento irregular de la política, donde se cuenta con un aislado informe de septiembre de 2020.⁸ Por otra parte, sí cabe destacar favorablemente la modificación de las instrucciones generales en materia de investigaciones por casos de corrupción, que actualizó los criterios vigentes desde 2014 e impuso requisitos más estrictos para la aplicación de suspensiones condicionales y procedimientos abreviados.⁹ Además, con ello se cumplió en parte una de las recomendaciones del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre el cumplimiento de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, pues venía observando en sus informes la falta de transparencia del Ministerio Público en los criterios adoptados para decidir si en un caso de corrupción se

vestigaciones en materia de corrupción, dotándola de personal especializado y con dedicación exclusiva a estas materias.

7 Las cifras corresponden a la información entregada en la memoria institucional de la gestión 2015-2022. Véase Ministerio Público, «Boletín...». Sin embargo, como se comprenderá, obedece a un informe sobre la gestión del período del anterior fiscal nacional, y no a una metodología conocida que publique información detallada y permanente de cómo el sistema de justicia conoce y resuelve estas investigaciones.

8 Se trata de un informe de 24 páginas que relata cuatro causas: Corpesca, Penta, Asipes y SQM. Véase «Informe de investigaciones por financiamiento irregular de la política», Ministerio Público de Chile, septiembre de 2020, disponible en <https://bit.ly/3qNqlYk>.

9 Oficio FN 278/2022, del 8 de abril de 2022. Antes se había dictado la Instrucción General Oficio FN 472/2020, del 29 de julio de 2020. La instrucción de 2022, con todo, se basa en gran parte en lo ya dispuesto en el 2020, solo modificando los siguientes aspectos: delitos de competencia de la especialidad, delitos de corrupción conexos a otros fenómenos criminales, relación con el Consejo de Defensa del Estado como querellante, suspensión condicional del procedimiento, efectos que produce la acusación respecto de determinados funcionarios públicos, procedimiento abreviado, desafuero y querrela de capítulos. El documento vigente hasta 2020 y que era objeto de críticas por parte de la OCDE correspondía al Oficio FN 699/2014.

determinara llegar a una suspensión condicional del procedimiento o a un procedimiento abreviado.¹⁰

Sin embargo, una medida de gran envergadura a nivel orgánico —y que fue propuesta en dicha instancia, pero que lleva discutiéndose incluso con anterioridad—, se relaciona con crear una Fiscalía de Alta Complejidad, con facultades y recursos necesarios para abordar investigación y persecución de delitos de corrupción, en el marco del plan de fortalecimiento del Ministerio Público. En efecto, si bien fue presentado un proyecto de ley por parte del Ejecutivo en 2014, no ha tenido movimiento desde 2015. Es por ello que el Ministerio Público ha debido modificar vía administrativa su estructura creando, por ejemplo, Fiscalías de Alta Complejidad y una Unidad Especializada Anticorrupción.¹¹ Esta

10 Sobre esto, el informe de la OCDE en relación con las instrucciones vigentes y los casos analizados señaló: «A falta de una guía más detallada sobre suspensiones condicionales del procedimiento (SCP) o procedimientos abreviados (PA), los fiscales han aplicado sus propios criterios. En la visita *in situ*, los fiscales explicaron por qué instaron o no por SCP/PA en casos específicos de corrupción. Las razones iban desde la solidez del caso (Asfaltos, Moreira y Wagner), la cooperación del infractor (Asfaltos Chilenos, Ceresita y SQM) y la disposición del imputado a pagar una suma de dinero (Moreira y Caval), a la presencia de un modelo de prevención de delitos (SQM), régimen de prescripción (SQM), la pena probable a imponerse luego del juicio (Moreira) y el impacto del beneficio de un SCP/PA en la comunidad (Ceresita). Según los fiscales, los primeros imputados en casos de corrupción casi siempre acceden a una SCP». Luego continúa con su análisis: «Estos factores mencionados por los fiscales son en gran medida relevantes y razonables, pero la falta de una guía escrita explícita que enumere los criterios para promover una SCP/PA tiene importantes inconvenientes. Los fiscales no pueden señalar una política oficial predefinida para defender sus razones para acceder a una SCP/PA. Sus decisiones son entonces más vulnerables a las críticas por ser arbitrarias o mal motivadas. Además, la falta de orientación escrita aumenta la inconsistencia de esas decisiones. Por ejemplo, la presencia de múltiples delitos fue citada como razón contra un SCP en el caso Corpesca, pero no impidió la misma medida en el caso SQM. La guía escrita también asegura que se consideren todos los factores relevantes. En la visita *in situ*, la Unidad Especializada Anticorrupción del Ministerio Público acertadamente manifestó que llevar un caso a juicio tiene efectos disuasorios y preventivos. Pero ninguno de los otros fiscales mencionó que habían considerado este factor al decidir si utilizar una SCP/PA. En el caso Moreira, el fiscal consideró la presencia de factores a favor de una SCP/PA. Sin embargo, no se mencionó la ausencia de factores como la cooperación del acusado con las autoridades» (OCDE, 2018: 40 y 41; traducción propia).

11 De acuerdo a su regulación actual, cumple cuatro funciones principales: i) prestar asesoría tanto a fiscales como al fiscal nacional; ii) llevar la coordinación interinstitucional con terceros relacionados, como el Consejo de Defensa del Estado, la Contraloría General de la República, la Fiscalía Nacional Económica, el Servicio

unidad, así como la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Delitos Ambientales y Crimen Organizado de la Fiscalía Nacional (ULDECCO), cumplen principalmente funciones de asesoría en los casos complejos llevados por los fiscales, pero no tienen poder decisorio. Por lo demás, han sido creadas por el fiscal nacional en virtud de la facultad que le entrega el artículo 17 letra c) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en cuanto a crear unidades especializadas que tengan como función precisamente colaborar y asesorar a los fiscales que tengan a su cargo la dirección de la investigación de determinada categoría de delitos, de acuerdo con las instrucciones que al efecto les dicte el fiscal nacional. Con todo, se trata de resoluciones administrativas internas y, por tanto, modificables a sola instancia del fiscal nacional. Bajo esta estructura, según propia información del Ministerio Público, se cuenta a diciembre de 2022 con un equipo de 92 fiscales especializados distribuidos en todo el país.¹²

Por último, no debe olvidarse que, como toda institución, se encuentra expuesta a prácticas corruptas al interior de su organización, pero aquí el riesgo es mayor dado el gran poder decisorio que tiene en casos de gran envergadura y obviamente con gran impacto entre los afectados. Por ello, es imprescindible que desarrolle constantes programas de formación y concientización para sus integrantes, evitando desde prácticas atentatorias de la probidad, como son las constantes filtraciones de carpetas investigativas, hasta casos graves de cohecho.¹³ En ese sentido, el Ministerio Público implementó un denominado «Sistema de Integridad», que contó con el apoyo del Programa de Naciones Unidas para el

de Impuestos Internos, etcétera; iii) representar al Ministerio Público en distintas instancias internacionales, como los mecanismos de seguimiento y monitoreo de cumplimiento de distintos tratados internacionales, y en el Grupo Nacional de Expertos Contra la Corrupción (GNECC), coordinado por el Ministerio de Relaciones Exteriores; y iv) ofrecer capacitaciones al interior de la institución y a las policías y otros organismos relacionados.

¹² «Áreas de persecución: Corrupción», *Fiscalía de Chile*, disponible en <https://bit.ly/3NvCPwn>.

¹³ En abril de 2022 se descubrió que una asistente de fiscal se dedicaba a exigir sobornos a imputados para terminar sus causas a cambio de recalificar los delitos. Así, se habrían detectado pagos de entre 300.000 y 500.000 pesos en al menos una decena de casos por manejo de vehículos en estado de ebriedad mayoritariamente. Jaime Morales Amaya, «Asistente de fiscal es acusada de cobrar a imputados para cerrar las causas recalificando los delitos», *Cooperativa*, 5 de abril de 2022, disponible en <https://bit.ly/3NGHwE1>.

Desarrollo, en virtud del cual la Fiscalía hoy dispone de un código de ética que se complementa con una plataforma de consultas y denuncias. Esta plataforma, que opera como un canal de denuncias disponible exclusivamente para quienes se desempeñan en el Ministerio Público, se encuentra habilitada desde octubre de 2021 y permite efectuar denuncias de carácter anónimo o confidencial, garantizando la más absoluta transparencia, efectividad y debida protección del denunciante. Si bien el Ministerio Público ha señalado que la implementación exitosa de esta herramienta ha posicionado a la Fiscalía «en la vanguardia de las instituciones públicas en esta materia y en un nivel acorde a los estándares internacionales»,¹⁴ hasta el momento se desconocen datos sobre el uso del sistema y la generación de procesos disciplinarios o penales a partir de su utilización.¹⁵

Poder Judicial

Como ya vimos,¹⁶ la exposición al riesgo de la comisión de prácticas corruptas al interior de cualquier Poder Judicial es altísima, con un alto impacto, y del cual nuestro país no ha estado exento.

En efecto, dado el poder decisorio de la magistratura, quienes se desempeñan en ella son una prioridad para organizaciones criminales, autoridades políticas y grupos de poder que desean ejercer indebidamente su influencia a fin de gozar de impunidad, para lo cual se recurre a amenazas, chantajes, influencia política, sobornos, favores (incluyendo nepotismo y relaciones familiares) o intervención en sus relaciones sociales y familiares. Las estrategias y recomendaciones para enfrentar este riesgo son diversas, pero sin duda una condición fundamental de todo Poder Judicial para prevenir influencias indebidas que afecten su

14 Ministerio Público, «Boletín...», 67.

15 La plataforma, al momento de ingresar una denuncia, entrega un identificador y una clave alfanumérica única, que solo es conocida por el o la consultante o denunciante y que sirve para hacer seguimiento al estado de la consulta o caso presentado. Además, la persona que denuncia puede escoger dentro de determinadas opciones quién prefiere que vea su caso, así como si desea presentarlo de manera anónima (sin entregar datos de contacto) o confidencial (entregando datos de contacto, los que serán tratados conforme se señala). El acceso a esta plataforma externa puede efectuarse desde cualquier dispositivo conectado a internet, a través de la ruta <https://minpublico.integridadcorporativa.cl/>.

16 Sección «Impacto de la corrupción en el sistema de justicia penal».

actuar dice relación con su *independencia institucional*. Para ello, se han establecido elementos mínimos que pueden asegurar el cumplimiento de tal condición (CIDH, 2019: 124), entre ellos:

- La consagración constitucional de su diseño institucional, principalmente en cuanto a su independencia.
- Aseguramiento de su autonomía presupuestaria y administrativa, sin perjuicio de la obligación de gestión transparente y rendición de cuentas del uso de los recursos públicos.
- Sistema de nombramientos y designaciones con mecanismos que incluyan participación mayoritaria, pero no exclusiva, del propio Poder Judicial, sobre la base de criterios objetivos y procedimientos transparentes.
- En materia de asignación de casos, deben implementarse mecanismos objetivos que impidan que exista un control de la asignación de casos que puedan ser manipulados sobre la base de intereses externos.

De los cuatro puntos, el que puede requerir mayor atención en nuestro país dice relación con el sistema de nombramientos. Sabemos que en nuestro sistema de designación y promoción interviene el Poder Judicial, específicamente el superior jerárquico del cargo, que debe ser proveído por medio de la elaboración de una lista con tres candidatos (cinco al tratarse de la Corte Suprema), según mérito y antigüedad, la que es propuesta a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos al presidente de la República, quien designa finalmente un nombre. Además, los ministros de la Corte Suprema deben ser elegidos por el presidente de la República a partir de una nómina de cinco personas propuesta por la misma Corte, y que deben ser aprobados por dos tercios de los miembros en ejercicio del Senado. De esta forma, en el nombramiento de todos los jueces que pertenecen al Poder Judicial intervienen conjuntamente el Poder Ejecutivo y un Tribunal Superior de Justicia, sea la Corte Suprema o la Corte de Apelaciones (además del Senado en el caso de la Corte Suprema).

Este sistema tiene la ventaja de no radicar exclusivamente el proceso y decisión de nombramiento solo en el Poder Judicial, pues ello tiene el riesgo de fomentar formas autárquicas de control por parte de los órganos superiores de todo el aparato judicial. Sin embargo, su regulación actual presenta deficiencias serias. Entre ellas destacan principalmente dos.



La primera obedece a que, a pesar de su regulación normativa en la Constitución y en el Código Orgánico de Tribunales, la ley no detalla materias esenciales dentro del procedimiento en el Poder Judicial referidas a la transparencia y la adecuada ponderación del mérito, como tampoco de entregar las mínimas garantías de objetividad y debido proceso a quienes postulan a los cargos, lo que ha debido ser suplido en parte a través de autos acordados de la Corte Suprema. Sin embargo, esta regulación, sumada a la existencia de una jerarquía que organiza la carrera judicial en forma vertical y ascendente, deja espacio a conductas y prácticas que ponen en riesgo el debido resguardo de la independencia judicial interna.

La segunda deficiencia es similar, pero se traslada a la etapa en que intervienen los otros poderes: no hay una consagración legal sobre la transparencia del procedimiento, la ponderación de criterios, la participación de los propios interesados, etcétera. Esto genera riesgos de reuniones informales, intercambios de favores, los llamados «padrinazgos» y otras fórmulas semejantes que pueden condicionar la independencia posterior de los jueces en el desempeño de sus cargos, pero ahora ante las autoridades políticas. Esto ha sido especialmente delicado en los procesos de designación de ministros de la Corte Suprema que se realizan ante el Senado, en los que muchas veces se han confundido los factores que deben ser ponderados, al cuestionarse, por ejemplo, el sentido en que han fallado en determinadas materias en su carrera judicial.¹⁷

Se hace necesario entonces reformular este procedimiento. Ello fue ya incluido en la Agenda de Integridad Pública y Transparencia de 2019, lo que llevó a la presentación de un proyecto de ley y una reforma constitucional para modificar el sistema de nombramiento de jueces.¹⁸ Bási-

17 Además, falta regulación sobre conflictos de interés e inhabilitaciones que pueden afectar a parlamentarios, en casos en que corresponda pronunciarse sobre postulantes que han intervenido en decisiones de desafuero de correligionarios de partido o conglomerado político, cuestión que efectivamente se dio en Chile en 2017 y 2018 respecto de cinco actuales o anteriores parlamentarios (Duce y otros, 2019: 53 y 54).

18 Proyecto de ley presentado en abril de 2021 que moderniza el nombramiento de jueces y fiscales (Boletín 14.191-07 y Boletín 14.192-07). Actualmente se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, pero sin movimiento desde enero de 2022. Para la presentación del proyecto en 2018 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos convocó a una mesa interinstitucional de trabajo sobre este tema, que reunió a destacados profesionales de asociaciones, universidades y

camente, se proponía en el proyecto la creación de la creación de una Comisión Nacional de Nombramientos Judiciales como órgano rector especializado en esta materia, que regule procesos de selección y nombramiento transparentes y entregue las garantías necesarias para quienes participan en ellos. Esto, como lo indica el propio Mensaje, supone una cesión de facultades presidenciales y también de facultades del Poder Judicial, lo cual no es un ejercicio habitual para nuestras instituciones.¹⁹

Sin perjuicio de todo lo anterior, también es relevante la *independencia funcional*, esto es, la independencia del juez frente a las autoridades superiores del sistema de justicia, donde varios factores pueden favorecerla o afectarla. Así, un primer aspecto es el sistema de movilidad de los jueces y el régimen de ascensos y traslados, de manera de evitar que estos sean un instrumento de control. Juega aquí entonces, como en muchos casos, el establecimiento de criterios objetivos para decidir estos temas y, además, la existencia de procedimientos que sean transparentes y que eviten situaciones arbitrarias o derechamente ilegales. Asimismo, es necesario establecer un sistema de inmunidades que garantice independencia, y que se limite al control de actos ilegales, en lo civil y penal, dejando fuera de dicho control el contenido y fundamento de las resoluciones judiciales, excepto en casos de prevaricación. Los sistemas sancionatorios de jueces y fiscales deben cumplir con criterios mínimos en materia de competencia, independencia e imparcialidad de la autoridad disciplinaria; en el sentido de que las sanciones estén instituidas con apego al principio de legalidad, estableciendo claramente cuáles son las conductas sancionadas que limitan un uso ilegítimo del

centros de pensamiento. En esta instancia participaron el Centro de Estudios Públicos, el Instituto Igualdad, el Centro de Estudios Libertad y Desarrollo, el Colegio de Abogados, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, el Centro de Justicia para las Américas y la Asociación Nacional de Magistrados.

¹⁹ No debe olvidarse que otro desafío pendiente relacionado se refiere a asegurar el mérito, la transparencia y la probidad en el proceso de selección de los auxiliares de la administración de justicia, en particular respecto de la organización y nombramiento de notarios y conservadores. Si bien se han presentado Mensajes presentados por el Ejecutivo desde hace más de una década, no se ha concretado reforma alguna. El último corresponde a un proyecto presentado en septiembre de 2018, que desde enero de 2020 pasó a segundo trámite constitucional en el Senado, donde a pesar de más de 35 urgencias suma y 22 discusiones inmediatas ingresadas por el Ejecutivo entre enero de 2020 y marzo de 2022, el proyecto nunca fue visto por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado (Boletín 12.092-07).

sistema sancionatorio para controlar las decisiones de los jueces o sacarlos del conocimiento de casos en que existan intereses de terceros o miembros del Poder Judicial, y, por cierto, que las resoluciones que impongan sanciones a jueces estén debidamente motivadas para que exista plena transparencia de cuáles son los fundamentos de una sanción y de que esta se ha adoptado luego de un debido proceso. Es necesario, además, que en el desempeño en su cargo los jueces puedan ejercer sus derechos ciudadanos, como la libertad de expresión y de asociación, entre otros, aunque la ley sí puede establecer límites cuando este ejercicio de derechos pueda entrar en conflicto con la independencia del ejercicio de su función (CIDH, 2019: 126).

También encontramos importantes problemas que pueden afectar esta dimensión de independencia funcional. Desde luego, históricamente se ha identificado uno estructural que radica en la existencia de un sistema jerárquico exacerbado que les da a los superiores, sobre todo a los integrantes de la Corte Suprema, demasiadas atribuciones respecto de sus subordinados (Duce y Vargas, 2000). Entre esas atribuciones encontramos lo referido al sistema de calificaciones, el control disciplinario y, como recién, el procedimiento de designaciones y promociones. A ello se suman las facultades de revisar las resoluciones por medio de los recursos que tienen en materia penal.²⁰ Aquí entonces urge separar las decisiones jurisdiccionales de las potestades administrativas y de responsabilidad que recaen sobre los jueces.

Cabe mencionar finalmente, a propósito del impacto que la corrupción puede causar en el Poder Judicial, el desarrollo del Plan Estratégico 2021-2025 que cuenta con su eje estratégico «Impacto en la sociedad», donde la medida 1.1 se refiere a «Mejorar la percepción de la ciudadanía respecto de la confiabilidad, oportunidad y transparencia del Poder Judicial», dentro de cuyos programas en dicha medida se encuentra el «Programa de fortalecimiento de la probidad, transparencia y rendición de cuentas del Poder Judicial», que incluye el proyecto «Probidad y transparencia». Llama la atención que se encuentre dentro de una medida vinculada con la percepción ciudadana, y que de hecho el indicador para medir el estado de avance consista en el «Grado de percepción global de la confianza, oportunidad y transparencia que tiene la ciudadanía

20 Ilustrativo de esta idea es el caso de la Corte de Apelaciones de Rancagua, comentado en la sección «Impacto de la corrupción en el sistema de justicia penal».

respecto al Poder Judicial». Es decir, el contenido de un programa de probidad y transparencia estaría enfocado a una mejora de la percepción ciudadana, cuando sería esperable que dicha mejora en la percepción pudiese más bien constituir un efecto indirecto del perfeccionamiento de la gestión del Poder Judicial al concretar de manera sistemática acciones orientadas a mejorar el servicio de justicia, precisamente a través de una justicia que busca incrementar la eficacia y eficiencia en el quehacer del Poder Judicial. Ese es el eje estratégico denominado «Modernización» que contempla el mismo plan, y donde pudiese estar incluido el programa que aquí se menciona.

Estrategias normativas

Más allá de lo que cada institución a nivel orgánico u operativo pueda estar llevando a cabo, veremos en esta sección las principales leyes que a nuestro entender pueden haber tenido una importante incidencia en la detección, juzgamiento y sanción de prácticas vinculadas a corrupción, sin perjuicio de que profundizaremos más adelante a propósito del estudio particular de algunos delitos constitutivos de corrupción.

Ley 19.913, Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica Diversas Disposiciones en Materia de Lavado y Blanqueo de Activos

El 18 de diciembre de 2003 se publicó en nuestro país la Ley 19.913, que entró en vigor el 17 de mayo de 2004. Principalmente consagró en Chile un sistema de prevención de los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, creando la Unidad de Análisis Financiero (UAF), modificando otras normas y tipificando el delito de lavado de activos. Así, se creó un Sistema Nacional Antilavado de Activos y contra el Financiamiento del Terrorismo, en el que participan todos los sujetos obligados a informar operaciones sospechosas de lavado de activos y financiamiento del terrorismo a la UAF (artículo 3) y las instituciones públicas reguladoras, supervisoras y persecutoras del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, entre ellas, el Banco Central de Chile, la Comisión para el Mercado Financiero, los ministerios del Interior y Seguridad Pública, de Hacienda y de Relaciones Exteriores, el Ministerio Público, las direcciones generales del Crédito Prendario y del Territorio Marítimo y la Marina Mercante de Chile, el Servicio de Impuestos Inter-

nos, el Servicio Nacional de Aduanas, las superintendencias, las policías y el Poder Judicial. En la implementación de este sistema la base es la creación de la UAF, la que se constituye como una institución especializada y con funciones apropiadas para prevenir y controlar el lavado o blanqueo de activos, con el objetivo de impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica para legitimar ganancias ilícitas. Esta institución es, además, el organismo que representa a Chile ante el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (Gafilat),²¹ y conforme a ese rol ejerce la coordinación del Sistema Nacional Antilavado de Activos y contra el Financiamiento del Terrorismo. La **figura 2** ofrece un diagrama del Sistema.

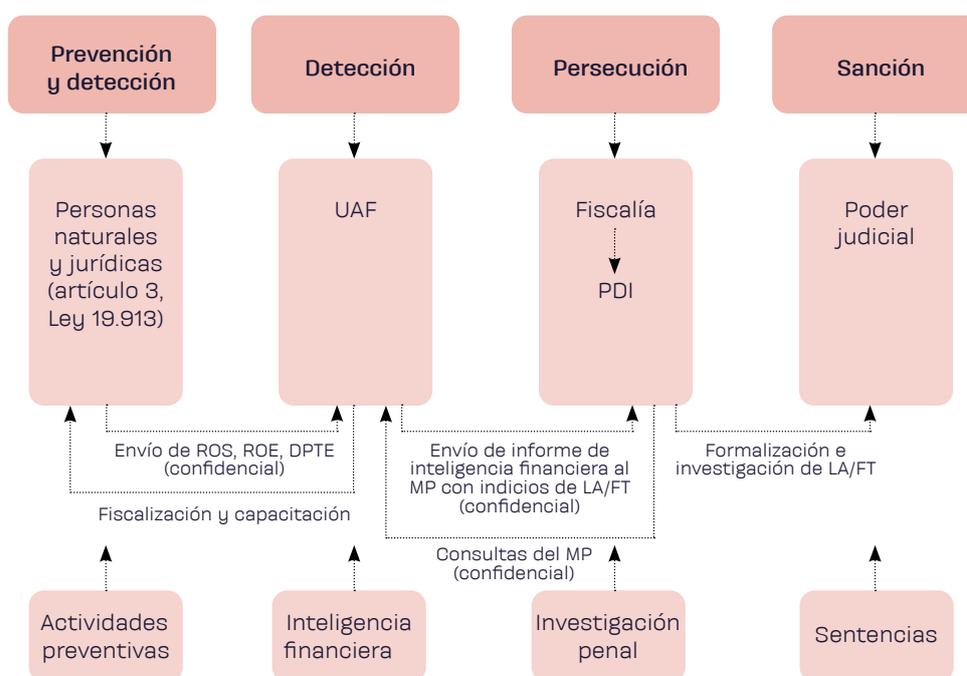


Figura 1. Sistema Nacional Antilavado de Activos y contra el Financiamiento del Terrorismo. Fuente: «Sistema Nacional ALA/CFT», Unidad de Análisis Financiero, disponible en <https://bit.ly/3qKJ5rn>.

21 El Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica es una organización intergubernamental de base regional que agrupa a dieciocho países (incluido Chile) de América del Sur, Centroamérica y América del Norte. Es uno de los grupos regionales del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Tiene por misión promover la implementación y el fortalecimiento de sistemas efectivos de prevención, detección y represión del lavado de activos, del financiamiento del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva.

Desde 2004, la Ley 19.913 ha tenido diversas modificaciones. Entre ellas, destaca la del 31 de agosto de 2006, con la entrada en vigor de la Ley 20.119 que, entre otras materias, amplió el universo de entidades obligadas a informar a la UAF sobre operaciones sospechosas de lavado de activos, y estableció sanciones administrativas de acuerdo con la gravedad y reiteración de los hechos materia de la infracción cometida.

En tanto, el 18 de febrero de 2015 se publicó la Ley 20.818, que perfecciona los mecanismos de prevención, detección, control, investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos, introduciendo con ello importantes modificaciones, que se analizarán más adelante de manera más detallada.

Las últimas modificaciones que ha tenido la ley han sido precisamente en relación con la ampliación de los delitos base para la configuración del delito de lavado de activos que veremos a continuación. Así, la Ley 21.314 de 2021 incorporó delitos relacionados con la infracción al giro reservado bancario mediante el ejercicio de actividades bancarias y de correduría de dinero y créditos;²² y la Ley 21.488, de 2022, incorporó delitos tributarios relacionados con el abigeato y la sustracción de madera.²³ No obstante, dentro de las últimas reformas destaca la de la Ley 21.521, conocida como Ley Fintec, que incluyó dentro de los sujetos obligados a quienes estén inscritos en el Registro de Prestadores de Servicios Financieros y en el Registro de Proveedores de Servicios de Iniciación de Pagos, registros que lleva la Comisión para el Mercado Financiero y presten los servicios de plataforma de financiamiento colectivo, sistemas alternativos de transacción, custodia de instrumentos financieros, intermediación de esos instrumentos; e iniciación de pagos. Más recientemente, la Ley 21.575, referida a la persecución del narcotráfico y el crimen organizado, que incluyó como sujetos obligados a «las automotoras y comercializadoras de vehículos nuevos o usados; las empresas de arriendo de vehículos; las personas que se dediquen a la fabricación o venta de armas; los clubes de tiro, caza y pesca; las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la compraventa de equinos de raza pura; los comerciantes de metales preciosos; los comerciantes de

22 Delitos contemplados en el artículo 39, inciso primero de la Ley General de Bancos (del Decreto con Fuerza de Ley 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997).

23 Delitos contemplados en los números 8 y 9 del mismo artículo respecto de los delitos contemplados en los párrafos 4 bis y 4 ter del título noveno del libro II del Código Penal.

joyas y piedras preciosas». Finalmente, debe mencionarse la nueva Ley de Delitos Económicos, que vuelve a modificar los delitos base, incorporando, entre otros, los nuevos delitos medioambientales incorporados en el Código Penal.

En lo que se refiere al derecho penal sustantivo, el artículo 27 de la Ley tipifica el lavado de activos, en su literal a), primera parte, como cualquier forma de ocultar o disimular el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que estos provienen de hechos constitutivos de delitos denominados «base» o «precedente», y que detallaremos a continuación. En la parte final del mismo literal se sanciona la conducta de ocultar o disimular, ya no el origen, sino derechamente los propios bienes provenientes de dichos ilícitos, a sabiendas de su origen. Por su parte, la letra b) de dicho artículo sanciona al que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes señalados en el literal anterior, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito. Es de destacar que este mismo artículo sanciona la conducta negligente respecto de los tres tipos penales ya señalados. Por último, este artículo se encarga de aclarar que también se consideran como ilícitos los activos que provengan de hechos ocurridos en el extranjero, cuando estos sean alguno de los señalados en la propia ley y, a su vez, sean constitutivos de delito en el país donde se produjeron.

En cuanto a la penalidad, para los tres delitos cometidos dolosamente se impone una pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio (de cinco años y un día a quince años) y una multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales. No obstante, y como parte de las modificaciones introducidas en 2015 que veremos más adelante, se estableció una regla de tope en el mismo artículo 27 que dispone que la pena privativa de libertad aplicable no podrá exceder de la pena mayor establecida para el autor del delito base, sin perjuicio de las multas y penas accesorias que correspondan en conformidad con la ley. Sin perjuicio de todo lo anterior, al tratarse de las conductas cometidas en forma negligente, la pena privativa de libertad es rebajada en dos grados.

Ahora bien, de conformidad con el propio artículo 27, y en una tendencia que como hemos señalado amplía el catálogo, los siguientes son los denominados delitos «base» o «precedente»:

- Ley 20.000, que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

- Ley 18.314, que Determina las Conductas Terroristas y Fija su Penalidad.
- Artículo 10 de la Ley 17.798, que Establece el Control de Armas.
- Título 11 de la Ley 18.045, sobre Mercado de Valores.
- Inciso primero del artículo 39 y el título 17 del Decreto con Fuerza de Ley 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997, Ley General de Bancos.
- Artículo 168 en relación con el artículo 178, numeral 1, ambos del Decreto con Fuerza de Ley 30, del Ministerio de Hacienda, de 2005, que Aprueba el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley 213, del Ministerio de Hacienda, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas.
- Inciso segundo del artículo 81 de la Ley 17.336, sobre Propiedad Intelectual.
- Artículos 59 y 64 de la Ley 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile.
- Párrafo tercero del número 4 del artículo 97 del Código Tributario.
- Números 8 y 9 del artículo 97 del Código Tributario, respecto de los delitos contemplados en los párrafos 4 bis y 4 ter del título noveno del libro II del Código Penal.
- Párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del título V y párrafo 10 del título VI, todos del libro II del Código Penal.
- Artículos 141, 142, 366 quinquies, 367, 374 bis, 411 bis, 411 ter, 411 quater, 411 quinquies, y los artículos 468 y 470, numerales 1, 8 y 11, en relación con el inciso final del artículo 467 del Código Penal.
- Artículo 7 de la Ley 20.009, que limita la responsabilidad de los titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude.
- Delitos medioambientales establecidos en los artículos 139, 139 bis y 139 ter de la Ley 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura.
- Delitos medioambientales, contenidos en los artículos 305, 306, 307, 308 y 310, en relación con los números 2 y 5 del artículo 305, todos del Código Penal.

Como es posible apreciar, se incluyen entonces delitos vinculados a corrupción, como la prevaricación, la malversación, los fraudes y exac-



ciones ilegales, el cohecho, el cohecho a funcionario público extranjero y la asociación ilícita.

De conformidad con lo informado por la UAF (2022), entre 2007 y 2021 se dictaron en Chile 229 sentencias definitivas condenatorias por lavado de activos, las que involucran un total de 464 personas naturales condenadas. Es importante considerar que en 2021 se dictaron 26 sentencias definitivas condenatorias por lavado de activos, que involucraron a 44 personas condenadas, lo que es superior al registrado en 2020 y está por sobre el promedio anual del período de 2007 a 2020 (14.5 sentencias condenatorias), con 2021 como el segundo año con mayor número de sentencias condenatorias por lavado de activos, después de 2019 (52 sentencias, 148 personas condenadas).²⁴

Ahora bien, de ese total de 229 sentencias condenatorias en el período de 2007 a 2021, 45 de ellas se vinculan a casos de corrupción, como se expone en la **tabla 2**.

Tabla 2. Sentencias condenatorias de lavado de activos por delitos vinculados a corrupción, 2007-2021

Delito	Sentencias	Personas condenadas	Tipo de procedimiento
Malversación de caudales públicos	24	92	23 en procedimiento abreviado 1 en procedimiento simplificado
Fraude al fisco	7	9	Procedimiento abreviado
Fraude al fisco, delito tributario	2	2	Procedimiento abreviado
Cohecho	3	4	Procedimiento abreviado
Cohecho, fraude al fisco, negociación incompatible	2	2	Procedimiento abreviado
Cohecho, delito tributario	2	3	Procedimiento abreviado
Cohecho, fraude al fisco	4	10	Procedimiento abreviado
Cohecho, negociación incompatible	1	2	Procedimiento abreviado

²⁴ Aunque debe tenerse presente respecto de 2019 que, de las 52 sentencias condenatorias registradas, 20 corresponden al caso Verde Austral, que se refiere al caso de fraude en Carabineros, el cual sumó 87 personas condenadas por lavado de activos, producto del delito base de malversación de caudales públicos (UAF, 2022: 5).

Ley 20.818, que Perfecciona los Mecanismos de Prevención, Detección, Control, Investigación y Juzgamiento del Delito de Lavado de Activos

En tanto, el 18 de febrero de 2015 se publicó la Ley 20.818, que Perfecciona los Mecanismos de Prevención, Detección, Control, Investigación y Juzgamiento del Delito de Lavado de Activos, introduciendo con ello importantes modificaciones a la Ley 19.913 del 2003, recién comentada. La ley tuvo su origen en una moción parlamentaria de 2006, cuando apenas tenía tres años de vigencia la Ley 19.913, aunque su tramitación tardó nueve años. Durante su discusión recibió diversas indicaciones para fortalecer la normativa vigente, acogiendo las recomendaciones que el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (Gafisud, hoy Gafilat) había planteado en sus evaluaciones a Chile de 2006 y 2010. Asimismo, se contaba con suficiente evidencia acerca del funcionamiento de la ley sobre lavado de activos, a través de la participación del Ministerio Público y la UAF durante esa extensa tramitación.

Su compleja tramitación incluyó un informe,²⁵ que si bien originalmente tenía por objetivo entender el alcance las modificaciones legales que se estaban estudiando, terminó haciendo un análisis sobre la situación general, a nivel sustantivo y a nivel procesal, de la Ley 19.913 hasta ese momento, es decir, hasta 2012.²⁶ En materia sustantiva, dicho informe criticaba lo vigente en ese entonces referido a la configuración del tipo penal de lavado de dinero asociado a criminalidad no organizada, la penalización de hipótesis culposas, la penalización del autoencubrimiento, la falta de exigencia de una condena previa sobre el delito base, la punibilidad de la conspiración y el tratamiento agravado de la tentativa. En tanto, en materia sustantiva, pero referida a las modificaciones que se incorporaban en el proyecto de ley, se criticaba la eliminación de ciertos elementos subjetivos o normativos del tipo penal de lavado de dinero («a sabiendas», «ánimo de lucro»), la ampliación de delitos base no necesariamente graves y la ampliación del tipo penal culposo de lavado. Por último, el informe también se pronunciaba sobre aspectos procesales que había consagrado la Ley 19.913, como el secreto especial

25 Elaborado por el profesor Juan Domingo Acosta.

26 «Opinión jurídica sobre modificaciones legales en materia penal que se proponen al delito de lavado de activos (Boletín 4426-07)», octubre de 2012.

de la investigación, la inexistencia de control judicial previo a la formalización, la figura especial de violación de secreto de las investigaciones y la aplicación de normas especiales de la Ley 20.000, por ejemplo, la inhabilidad de abogados por la representación de imputados en estas causas (Fernández, 2015).

En razón de lo anterior, si bien durante el proyecto se contemplaron variados aspectos procesales y sustantivos, muchos de ellos finalmente no formaron parte de la ley. Por ejemplo, se descartó la posibilidad de que abogados, contadores y auditores pudieran declarar operaciones sospechosas a la UAF; se eliminó la supresión de elementos subjetivos; se restringieron como delitos base de delitos aduaneros, de propiedad intelectual o de fraudes solo a figuras graves, y se eliminaron las inhabilidades para los abogados. Por otra parte, las normas que originariamente establecían la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una pena accesoria de las penas previstas para las personas naturales, derivó en un proyecto de ley aparte que terminó constituyendo la Ley 20.393, que Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, que se comenta en el punto siguiente.

Finalmente, como señalamos, se publicó el 18 de febrero de 2015 y entró a regir con igual fecha, ya que no tenía disposiciones transitorias que modificaran su entrada en vigor, pese a que otorgaba nuevas facultades a organismos como el Servicio Nacional de Aduanas o la entonces Superintendencia de Bancos (hoy Comisión para el Mercado Financiero).

En general, los principales cambios que introdujo la Ley 20.818 fueron:

i) Aumentó el número de entidades privadas obligadas a informar a la UAF sobre operaciones sospechosas de lavado de activos que detecten en el ejercicio de su actividad. Así, se incluyeron las bolsas de productos y otras que sean supervisadas por la entonces Superintendencia de Valores y Seguros, las organizaciones deportivas profesionales, las representaciones de bancos extranjeros y las empresas de depósito de valores.

ii) Preciso que todos los sujetos supervisados también deberán informar sobre las operaciones sospechosas de financiamiento del terrorismo, además de aquellas referidas a lavado de activos.

iii) Estableció la obligación para las superintendencias y demás servicios y órganos públicos a informar sobre operaciones sospechosas de lavado de activos y financiamiento del terrorismo que adviertan en el ejercicio de sus funciones, pero sin estar sujetos a sanciones por omi-

sión, y sin incorporar para ellos otras normas que sí alcanzan a los sujetos obligados de la Ley 19.913, como la obligación de reporte de operaciones en efectivo sobre 10.000 dólares, mantener registro por cinco años de dichas operaciones y designar un oficial de cumplimiento.

iv) Redujo el umbral de los reportes de operaciones en efectivo (ROE) que las entidades privadas supervisadas deben informar a la UAF, desde 450 unidades de fomento a 10.000 dólares, o su equivalente en pesos chilenos. Esto implicaba rebajar casi a la mitad el umbral en monto (de 11.126.326 pesos a 6.181.200 pesos al 24 de abril de 2015), aumentando considerablemente la información transmitida a la UAF por este concepto (Fernández, 2022: 186).

v) Transfirió desde la UAF al Servicio Nacional de Aduanas la facultad de sancionar administrativamente la no declaración de ingreso o salida de dinero en efectivo o instrumentos al portador sobre 10.000 dólares, y retener hasta el 30% del efectivo sobre ese monto cuando no sea declarado por una persona al momento de ingresar al país, o el 100% de los instrumentos negociables al portador.

vi) Estableció el procedimiento de congelamiento y retención de activos de las personas vinculadas al financiamiento del terrorismo que se encuentren en los listados del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Así, de acuerdo al artículo 38 que se incorporó a la Ley 19.913, los sujetos obligados deben informar a la UAF cualquier operación que realicen sujetos incorporados en dichos listados. Por su parte, la UAF pasa a tener la obligación de solicitar, dentro de veinticuatro horas, a un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago la adopción de una o más medidas necesarias para evitar el uso, aprovechamiento, beneficio o destino de cualquier clase de bienes, valores o dinero materia del acto, transacción u operación. La solicitud debe resolverse también dentro de veinticuatro horas y, de concederse, se decreta sin previo aviso al afectado y por un plazo de hasta treinta días prorrogables.

vii) Posibilitó a los fiscales del Ministerio Público, con autorización de un juez de Garantía, requerir el alzamiento del secreto bancario en las investigaciones de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, modificando la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques y la Ley General de Bancos.

viii) Amplió el catálogo de delitos base o precedentes de lavado de activos, al agregar el contrabando, los delitos en contra de la propiedad intelectual, la falsedad maliciosa en los documentos que se acompañen



en las actuaciones con el Banco Central o en las operaciones de cambios internacionales, la asociación ilícita, la comercialización de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, las estafas y fraude de subvenciones sobre 400 UTM, y el delito tributario por la devolución improcedente de créditos fiscales.

ix) Estableció una regla limitadora de pena para la aplicación de sanciones por lavado de activos en aquellos casos en que el delito base no tenga pena de crimen. Esta sin duda se trataba de una de las reformas más importantes por su impacto práctico. En efecto, desde la vigencia de la Ley 19.913, se había generado una evidente desproporción entre la aplicación judicial de la pena del delito de lavado de activos y la pena de ilícitos que constituían simples delitos, lo que se demostraba con que hasta la entrada en vigor de la Ley 20.818 no existía ninguna condena en juicio oral por lavado de activos con origen en un simple delito, registrándose solo condenas en procedimiento abreviado. Esta desproporción, de no mediar reforma, podía acentuarse, si consideramos que esta Ley 20.818 incorporaba un gran número de simples delitos como delito base, algunos con penas que partían con presidio menor en su grado mínimo. Es por lo anterior que se incorporó un nuevo inciso final al artículo 27 de la Ley 19.913, que estableció una regla de proporcionalidad relativa, consistente en limitar la pena privativa de libertad por lavado de activos al máximo de la pena mayor privativa de libertad que la ley asigna al autor del delito base, y sin perjuicio de las demás penas accesorias.

Ley 20.393, que Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho²⁷

En 2009 se dictó la Ley 20.393, que Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que Indica. La explicación de esta tan importante innovación obedece a los esfuerzos de Chile para incorporarse a la OCDE, lo que implicó que, en materia pe-

²⁷ Para un mayor análisis sobre esta materia puede consultarse, véase Artaza Varela (2021).

nal, junto con la tipificación del cohecho a funcionarios públicos extranjeros —que analizaremos más adelante—,²⁸ se estableciera un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Esta motivación que tuvo el proyecto de ley explica que su tramitación haya tardado solo siete meses. Sin embargo, es necesario destacar que, en materia de cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, la Convención Anticohecho de la OCDE no impone a los países miembros la obligación de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, pues solo exige el deber de que sean responsables, sin especificar la naturaleza de dicha responsabilidad.²⁹ Incluso, la Convención contempla la hipótesis de que un país, como precisamente sucedía en el nuestro, no tuviese una regulación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, caso en el cual bastaría asegurar la aplicación de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas.³⁰ Sin embargo, se optó por la vía penal probablemente por el escaso desarrollo en ese entonces de un verdadero derecho administrativo sancionador (Hernández Basualto, 2010: 210), y fue de tal magnitud la innovación, que no pocos especialistas argumentaron en contra de este tipo de responsabilidad (Van Weezel, 2012).³¹ No obstante, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es un fenómeno reciente, ya que de antaño existe en el mundo anglosajón y también en el derecho penal europeo, habiéndose expandido ya a América Latina. En efecto, entre los países desarrollados que contemplan responsabilidad penal de las personas jurídicas destacan, junto a los de la tradición del *common law* (como Reino Unido, Irlanda, Estados Unidos, Canadá y Australia), España, Italia, Austria,

28 Véase la sección «Cohecho a funcionario público extranjero (artículo 251 bis)».

29 Artículo 2: «Responsabilidad de las personas morales. Cada parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero».

30 Artículo 3.2: «En el caso de que, conforme al régimen jurídico de una parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales, dicha parte deberá asegurar que esas personas morales serán sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias por el cohecho de servidores públicos extranjeros».

31 En España véase Gracia Martín (2016: 73), quien señala que las tesis favorables a la responsabilidad penal de las personas jurídicas son «opiniones y afirmaciones apenas argumentadas y hechas de un vacío de teoría jurídica que no se sustenta en absoluto en el *minimum minimorum* del saber jurídico permanente válido y, por esto, de obligada observancia y respeto».

Francia, Países Bajos, Dinamarca, Bélgica, Suiza o Japón.³² En América Latina, en tanto, destacan Brasil, Perú y Argentina. Pese a lo anterior, más allá de su expansión y normativización, subsisten distintas miradas acerca del fundamento para imponer la responsabilidad penal a la persona jurídica en casos de la llamada *criminalidad empresarial*.³³ Independiente de la postura que se asuma sobre la materia, dos ideas centrales debemos tener presente.

La primera es que la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye un elemento relevante desde el punto de vista de la prevención general, sea positiva o negativa, sobre la criminalidad empresarial, mediante la incumbencia directa de privados en la prevención delictiva. Si bien no es esta la primera manifestación entre nosotros de esta estrategia en franca expansión —considérese, por ejemplo, el sistema de prevención del lavado de dinero recién visto antes—, con seguridad es la de alcances más amplios, pues los deberes de organización afectan, si bien no a todas las personas jurídicas, sí al menos a todas las empresas. Por lo mismo, podrían surgir serios cuestionamientos respecto de traspasar a los privados, al menos parcialmente, tareas privativas del Estado como son la prevención, la detección y la investigación del delito, todo esto coactivamente —por la vía de la amenaza de pena— y sin retribución por los gastos. Sin embargo, bien se puede sostener en contrario que el deber de prevenir delitos en el desarrollo del «giro» de la empresa no es sino consecuencia de la relación entre libertad y responsabilidad aplicada a la actividad empresarial: el ejercicio de la libertad de empresa impone, entre otros, el deber de velar porque este no dé lugar a delitos, con lo cual solo cabría discutir la virtud de detalles del modelo concreto, no su legitimidad fundamental en tanto llega a constituir en un verdadero garante de vigilancia. Junto con lo anterior, asumido que el Estado no puede dejar de adoptar medidas eficaces contra la criminalidad de empresa, la alternativa sería reforzar de manera significativa el control administrativo —tanto *ex ante* como *ex post*— de la operación de las entidades, con el consiguiente entorpecimiento de su actividad, de modo que probablemente resulte más conveniente para la empresa

32 En el caso de Alemania no existe responsabilidad penal de las personas, sino que las sanciones a las empresas concurren por vía administrativa mediante la aplicación de multas en virtud de una Ley de Contravenciones Administrativas.

33 Un resumen de esas fundamentaciones en Artaza Varela (2021: 43-66).

—que, como con orgullo se dice en otros contextos, es la que «mejor sabe» cómo hacer bien las cosas y conoce el contexto en que se desenvuelven sus actividades— hacerse cargo de la prevención de sus delitos.

La segunda idea central a modo introductorio es que, al hablar de criminalidad empresarial, nos referimos a un espectro bastante más amplio que el de los delitos económicos. En efecto, si bien la potencialidad de la actividad criminal empresarial puede afectar el funcionamiento del mercado (delitos contra la libre competencia), la confianza de los consumidores (publicidad engañosa) o el patrimonio de consumidores y empresas (estafas), la experiencia ha demostrado que también la actividad ilícita desde el ámbito empresarial suele afectar intereses no solo económicos, como el cohecho, en el que se afecta el correcto funcionamiento de la Administración pública.

En el caso de nuestro país, si bien hasta el momento la aplicación de la ley sobre la materia ha sido relativamente escasa, en la totalidad de los casos resueltos judicialmente se ha referido a figuras penales vinculadas al delito de cohecho, a pesar de la marcada tendencia a aumentar los delitos por los cuales se compromete la responsabilidad penal de la persona jurídica. La **tabla 2** muestra los casos que ha conocido la jurisprudencia.

A continuación, analizaremos brevemente el modelo de imputación

Tabla 2. Jurisprudencia sobre responsabilidad penal de personas jurídicas

Caso y persona jurídica	Tribunal	Delito	Año de término	Término judicial
Salmones Colbún Ltda.	Juzgado de Garantía de Talca, RIT 9.211-2012	Cohecho	2013	Condena en procedimiento abreviado
Sociedad Áridos Maggi Ltda.	Juzgado de Garantía de Chillán, RIT 1.104-2011	Cohecho	2014	Condena en procedimiento abreviado
Industrias Ceresita S. A.	Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 157-2012	Cohecho	2014	Suspensión condicional del procedimiento
Asevertrans Ltda.	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT 33-2014	Cohecho	2015	Sentencia absolutoria en juicio oral
Constructora Pehuenche	Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 11.862-2014	Cohecho	2015	Condena en procedimiento abreviado

Tabla 2. Jurisprudencia sobre responsabilidad penal de personas jurídicas (continuación)

Caso y persona jurídica	Tribunal	Delito	Año de término	Término judicial
Gestión en Inversiones Juan Antonio Paineicura Antinao E.I.R.L.	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, RIT 200-2016	Cohecho	2016	Sentencia absolutoria en juicio oral
Universidad del Mar	Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 4.799-2012	Cohecho	2016	Condena en procedimiento abreviado
Sociedad Química y Minera S. A. (Soquimich)	Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 10.969-2016	Cohecho	2018	Suspensión condicional del procedimiento
Importaciones y Exportaciones Tecnodata S. A.	Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 477-2015	Cohecho	2018	Suspensión condicional del procedimiento
Corpesca S. A.	Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 309-2018	Cohecho	2021	Condena en juicio oral
Consultora Capacitación y Desarrollo Educuer Ltda.	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, RIT 95-2019	Cohecho	2022	Condena en juicio oral

Fuente: Elaboración propia.

y los presupuestos de responsabilidad penal en Chile, con referencia a la jurisprudencia recién mencionada, cuando ello sea posible.³⁴ Asimismo, no obstante estar pendiente su entrada en vigor, haremos alusión a los cambios introducidos por la Ley XXXX, que Establece XXXXX, publicada el XXX, conocida como Ley de Delitos Económicos.

El modelo de imputación

En general, es posible entender que existen dos grandes modelos de imputación penal de la persona jurídica. Primero, existe el denominado *modelo de responsabilidad derivada*, en virtud³⁵ del cual prácticamente

³⁴ El hecho de que los casos han referido respecto del mismo delito, y que solo en dos casos se haya dictado una sentencia condenatoria en juicio oral, no ha permitido consolidar criterios jurisprudenciales asentados sobre la aplicación de la Ley 20.393.

³⁵ Dicha ley establece que las reformas a la Ley 20.393 entrarán en vigor el primer

se produce una transferencia de la responsabilidad penal de las personas naturales que participan de la organización hacia la persona jurídica. En oposición a esta primera concepción, un segundo modelo, denominado *modelo de la responsabilidad autónoma u originaria*, consiste en imputar responsabilidad a la persona jurídica por un hecho suyo, un hecho propio, consistente en un defecto de organización que permite o contribuye a la práctica de conductas delictivas por parte de las personas físicas que actúan en su nombre.

En el caso de Chile, dada la regulación de la Ley 20.393, existe consenso en que se trataría de un modelo más bien mixto (Hernández Basualto, 2010: 216-217; Bofill, 2011: 184). Como veremos, en el caso chileno es un requisito indispensable el que se haya cometido un delito por una persona natural; pero ello no es suficiente, pues debe establecerse un vínculo entre esa comisión y la responsabilidad de la persona jurídica, consistente en que esa comisión sea una consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión (artículo 4, Ley 20.393). Solo excepcionalmente la ley permite determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica aun sin una condena respecto de la persona natural, pero sí habiéndose establecido la realización de una conducta delictiva al interior de la organización, lo que demuestra entonces que el régimen general consiste en la necesidad originaria de un delito cometido por la persona natural.³⁶ Por otra parte, como dijimos, aquella comisión por parte de la persona natural no es suficiente, pues se requiere entonces que la vinculación de esa comisión con la responsabilidad de la persona jurídica sea una manifestación de su defecto de organización.

Los presupuestos de responsabilidad

a) **La comisión de un delito base señalado en la ley.** Mencionamos recién la necesidad, pero no la suficiencia, de la comisión de un delito determinado, aunque ello no necesariamente implique la responsabilidad penal de la persona natural. En efecto, de acuerdo al artículo 5 de la Ley 20.393, de manera excepcional puede prescindirse de aquella cuando la responsabilidad penal de la persona natural se ha extinguido

día del decimotercer mes siguiente al de su publicación (artículo 60).

³⁶ Estas situaciones excepcionales se regulan en el artículo 5 de la Ley 20.303, titulado «Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica».

por su muerte o por la prescripción de la acción penal, se ha sobreesido temporalmente por su rebeldía o su enajenación sobreviniente y cuando, aunque se ha acreditado la existencia del delito, no se logra establecer la identidad del responsable individual, siempre y cuando «se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias» de las personas relevantes que pueden comprometer la responsabilidad de las personas jurídicas. De ahí entonces que, fuera de estos excepcionales casos, se requiere una sentencia condenatoria que dé cuenta de la comisión de un delito.

Los delitos cuya comisión puede comprometer la responsabilidad de la persona jurídica han sido posiblemente de los mayores cambios que ha ido teniendo la normativa en Chile. Si bien en 2009 se remitió solo a cuatro delitos —precisamente a aquellos señalados en la Convención de la OCDE—, con el pasar de los años dicho listado contenido en el artículo 1 de la Ley 20.393 se ha expandido en buena medida, con una clara tendencia a continuar creciendo, como se muestra la **tabla 3**.

Lo primero que se observa con esta evolución es que claramente no ha habido una real consistencia argumentativa del por qué estos delitos han

Tabla 3. Evolución de delitos incluidos en la Ley 20.393

Año	Delito	Ley
2009	1) Lavado de activos 2) Financiamiento del terrorismo 3) Cohecho a funcionario público nacional 4) Cohecho a funcionario público extranjero	Ley 20.393
2016	5) Receptación	Ley 20.931
2018	6) Negociación incompatible 7) Cohecho entre particulares 8) Apropiación indebida 9) Administración desleal	Ley 21.121
2019	10) Delitos de la Ley General de Pesca y Acuicultura*	Ley 21.132
2020	11) Disponer del trabajo de un subordinado con inobservancia de las medidas de cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio 12) Fraude para prestaciones del seguro de cesantía	Ley 21.140 Ley 21.227
2021	13) Trata de personas	Ley 21.325
2022	14) Delitos de la Ley de Control de Armas 15) Sustracción de madera 16) Delitos informáticos	Ley 21.412 Ley 21.488 Ley 21.459

* Se refiere en particular a: contaminación del mar, de ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua (artículo 136); procesamiento, apozamiento, transformación, transporte o comercialización de recursos hidrobiológicos vedados y sus productos derivados (artículo 139); realización de actividades extractivas en áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos, sin ser titular de los correspondientes derechos (artículo 139 bis); procesamiento, elaboración o almacenamiento de recursos hidrobiológicos o productos derivados de ellos, de los cuales no se conozca su origen legal, y que correspondan a recursos en estado de colapsado o sobreexplotado (artículo 139 ter).
Fuente: Elaboración propia.

ido incorporándose a la Ley 20.393, dado que por lo general las incorporaciones se han producido al conocerse y tramitarse proyectos de ley en particular sobre determinadas materias, en virtud de las cuales se ha procedido a responsabilizar a las personas jurídicas, pero que han impedido tener una visión orgánica sobre la criminalidad que compete evitar y prevenir a cada organización. Esto se hace más evidente si se considera que el listado es aplicable a todas las organizaciones por igual, sin distinguir el rubro o sector donde se desempeñan, aunque obviamente dependerá de la elaboración de un mapa de riesgos, propio de un modelo de prevención de delitos, para determinar cuáles de estos en particular pueden ser más riesgosos para una determinada persona jurídica.

Por otra parte, estas incorporaciones no siempre se han realizado de una manera sistemática dentro de la propia Ley 20.393. Por ejemplo, en el delito de trata de personas (411 quater del Código Penal) simplemente se incorporó en el artículo primero de la Ley 20.393, pero no se estableció luego en el artículo 15 qué penas le son aplicables a la persona jurídica, pues no se incluyó mención alguna a este delito. Ese mismo problema sucedió con los artículos 448 septies y 448 octies del Código Penal, referidos a la sustracción de madera. Se trataría en nuestra opinión de verdaderas leyes penales en blanco, al no estar regulada, ni en la Ley 20.393 ni en ninguna otra, la determinación de la pena aplicable. Esa omisión, sin embargo, no alcanza la gravedad de lo sucedido con la Ley 21.227, que en su artículo 14 estableció un delito de obtención fraudulenta o indebida de beneficios y subsidios, mismo artículo que señala que responderá penalmente el empleador como persona jurídica, y define ahí los mismos presupuestos de responsabilidad penal que la Ley 20.393, pero prescinde de toda la regulación sobre sanciones aplicables y determinación de pena, sino que se limita a señalar que «para la determinación e imposición de sus penas, así como de las demás normas pertinentes, se entenderá que se trata de un simple delito». Nuevamente, estaríamos en presencia de una auténtica ley penal en blanco.

Con la Ley de Delitos Económicos, el universo de delitos se amplía considerablemente, toda vez que el catálogo de delitos se extiende a todos los delitos que dicha ley considera como delitos económicos. En efecto, se pasa de un catálogo muy restrictivo de cerca de 16 delitos, a cerca de 200, y que abarcan la totalidad de los ámbitos empresariales: patrimonial (estafas, apropiaciones indebidas, administraciones desleales); ambiental (contaminación y daño ambiental, elusión de permisos);

sos); laboral (accidentabilidad, cotizaciones laborales, remuneraciones abusivas), probidad (soborno y cohecho, información a agencias fiscalizadoras y reguladoras); gestión empresarial (información privilegiada, secretos empresariales, abusos de accionistas mayoritarios); libre competencia³⁷ seguridad de la información (delitos informáticos, datos personales, ciberseguridad); y tributarios y aduaneros.

b) Que el hecho se haya cometido por determinadas personas. Un segundo requisito consiste en que el delito base haya sido cometido por una persona perteneciente a un determinado círculo de personas, compuesto por los dueños, los órganos directivos de la entidad (controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o, en general, quienes realicen actividades de administración y supervisión) y cualquier otra persona natural que se encuentre bajo la dirección o supervisión directa de los dueños u órganos directivos.

Lo primero que cabe destacar es que no solo se trata de personas que participen de órganos directivos, sino que se extiende a cualquiera que se encuentre bajo su administración y supervisión. A diferencia de otros países, en Chile no tiene relevancia si el delito es cometido por uno u otro, pues los delitos susceptibles de comprometer a la persona jurídica son los mismos, y el proceso también.³⁸

Respecto de este requisito, en general la jurisprudencia ha conocido de casos donde la persona natural que ha cometido el delito cumple claramente funciones del más alto nivel, ya sea como dueño, socio, gerente, representante legal o rector de una universidad. Pero también ha reconocido, como en el caso Asevertrans, que no es suficiente la designación formal, pues en los hechos basta que una persona cumpla con actividades de administración y supervisión.

Como bien se ha reparado (Navas y Jaar, 2018: 1035), solo en el denominado caso Colbún podría cuestionarse si la persona que cometió el

³⁷ Con todo, el delito de colusión, previsto en la letra a) del inciso segundo del artículo 3 y en el artículo 62 del Decreto Ley 211, de 1973, quedó expresamente excluido de la aplicación de la Ley 19.913 (artículo 65).

³⁸ Por ejemplo, en Italia, cuando se trata de delitos cometidos por los directivos se presume la responsabilidad penal de la persona jurídica. Sobre esta materia, cabe hacer notar que la OCDE ha recomendado a Chile modificar la legislación en un sentido incluso más radical que la solución italiana, con eliminar la posibilidad de defensa de la persona jurídica cuando el delito haya sido cometido por una persona natural del más alto nivel de la organización. Véase OCDE (2018: 70, recomendación a).

delito base se entendía incorporada dentro de estos sujetos relevantes, dado que el imputado era estudiante de Derecho y tenía el cargo de asesor legal actuando, en opinión del Tribunal, encomendado por gerentes y representantes legales, por lo que era difícil afirmar que la persona ejecutaba verdaderas funciones de administración y supervisión de la empresa como lo exige la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde revisar a propósito de este requisito la situación en la cual se produce una casi total identificación entre la persona natural que comete el delito y la persona jurídica. En efecto, pueden existir casos en los que si bien formalmente existe una persona jurídica, ello no permite determinar una culpabilidad distinta de aquella de la persona natural. Como ha señalado la jurisprudencia:

Cobra relevancia el concepto de persona jurídica en materia penal. Según lo expuesto por el profesor Carlos Gómez Jara, para estos efectos el concepto de persona jurídica civil no implica la personalidad jurídico-penal, puesto que ciertas personas jurídicas civiles, como lo son las sociedades pantalla, o aquellas constituidas por una sola persona, como es el caso de las E. I. R. L., no cumplen con lo determinante a estos efectos, que es la existencia de una organización empresarial con una determinada autorreferencialidad interna, lo cual puede venir indicado en gran medida por la existencia de procedimientos operativos estándares en el seno de la empresa. Concurrirán importantes indicios de la constitución de un verdadero actor corporativo cuando la condición de miembro de la organización empresarial venga determinada por las normas de la propia organización y la identidad corporativa se institucionalice a través de ciertas decisiones corporativas.³⁹

Es por lo anterior que acertadamente se resolvió absolver a la persona jurídica cuando no se ha producido tal diferenciación. Así también, por ejemplo, la sentencia del caso Asevertrans, que dispuso:

En relación a la responsabilidad penal de Asevertrans, estos sentenciados han resuelto de manera unánime absolver a la misma; por cuanto J. F. y la empresa respecto de la cual se pide la sanción se identifican uno con otro, tanto es así que quien ejecutó los delitos bases es el propio J. F. en beneficio de la empresa y por ende él, de modo que se infringiría el

39 Sentencia del caso *Educer*, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, RIT 95-2019. La sentencia cita el texto de Artaza Varela (2021: 163-170).



non bis in idem, al valorar dos veces el cohecho de J. F.

Por ello, el Tribunal hace énfasis en que la implementación de un modelo de prevención no tiene sentido al ser el imputado el único agente de la empresa:

Como se aprecia, todo ello (el contenido del modelo de prevención propuesto por la ley) en la empresa Asevertrans no era posible, ya que solo J. F. E. era quien formaba parte de la empresa, por lo que no era necesario algún mecanismo de supervigilancia y control, en tanto que todas las funciones de la empresa recaían sobre la misma persona, por ende, más que un defecto de organización de la empresa Asevertrans, fue la propia conducta de J. F. E., que está fuera del ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica, la que origina una responsabilidad penal a su respecto.⁴⁰

En el mismo sentido argumentó en el caso *Gestión en Inversiones Juan Antonio Painecura Antinao E. I. R. L.* el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco en la causa RIT 200-2016, que rechazó la acusación dirigida a la persona jurídica a consecuencia de la absolución de su representante legal; sin embargo, razonó además en cuanto a que la empresa era una empresa individual de responsabilidad limitada, integrada por una sola persona por lo que no podía ser sancionada de acuerdo a lo establecido en la Ley 20.393.⁴¹

De lo anterior se desprende, entonces, que constituye un requisito para determinar la responsabilidad penal de una persona jurídica el que exista como una organización propiamente tal, que opere con mecanismos propios y cuente con un sistema interno que la independice de la figura de la persona natural que la conforma, en concordancia con lo sostenido en la experiencia comparada.⁴²

40 Sentencia del caso *Asevertrans*, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT 33-2014.

41 Sentencia del caso *Gestión en Inversiones Juan Antonio Painecura Antinao EIRL*, Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, RIT 200-2016.

42 Un reciente fallo del Tribunal Supremo español, de noviembre 2022, señaló: «La razón para ese tratamiento diferenciado de responsabilidades no está tanto en que se trate de personas jurídicas unipersonales o no, sino en criterios de complejidad y estructura organizativa interna (que la puede haber en sociedades unipersonales), pues, faltando esa complejidad, ni siquiera cabría apreciar la culpabilidad que derivaría del incumplimiento de unos deberes de supervisión y control, que si,

Cabe destacar que con la Ley de Delitos Económicos se modifica en forma sustancial este requisito, ampliándose radicalmente el universo de personas que pueden comprometer a la persona jurídica. En efecto, con la nueva ley se amplía a cualquier «persona natural que ocupe un cargo, función o posición en ella, o le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación», e incluso la ley prevé el caso de una persona natural relacionada en los términos ya señalados, «con una persona jurídica distinta, siempre que esta le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación, o carezca de autonomía operativa a su respecto, cuando entre ellas existan relaciones de propiedad o participación» (artículo 3 de la Ley 20.393). Esto obliga a las empresas a implementar sistemas de debida diligencia en la selección y contratación de distintos proveedores, como estudios jurídicos, oficinas de contabilidad y auditoría, etcétera.

c) Que el delito haya sido en interés o provecho de la persona jurídica. La conexión entre el delito y la persona jurídica no solo implica la determinación de quién comete el delito, sino que además nuestra legislación exige que dicho delito se haya cometido «directa e inmediatamente en su interés o para su provecho» (artículo 3).

Correctamente se ha sostenido que la redacción de este requisito no es del todo satisfactoria, toda vez que lo que en realidad se busca excluir es la responsabilización por delitos que hayan a su vez ocasionado un perjuicio a la persona jurídica, pero que en nuestro país se complejiza al exigir que se actúe «directa e inmediatamente», aunque al menos la propia ley en el inciso final del mismo artículo excluye el delito que se comete «ex-

como hemos dicho, quedan consumidos en la propia dinámica delictiva del administrador que delinque, bastará con la condena de este, y la absolución de la persona jurídica procederá por su consideración como inimputable, debido a que no cabe estimar que concurra en ella el elemento de culpabilidad, en la medida que es incompatible con su naturaleza hablar de mecanismos internos de control y, en consecuencia, de cultura de respeto a la norma, a partir de la cual se residencia su capacidad de culpabilidad. Lo determinante es la existencia de una complejidad interna, presumible a partir de un suficiente sustrato material organizativo, que, si falta, falta el presupuesto para hablar de imputabilidad penal, por inexistencia de capacidad de culpabilidad, ya que, debido a su mínima estructura, no se da la base desde la que conformarla, y es que, no habiendo posibilidad de establecer mecanismos de control, no puede surgir el fundamento de su responsabilidad, de ahí que no toda sociedad pueda considerarse imputable en el ámbito penal». Sentencia del caso *El Cajón de la Tele S. L.*, Tribunal Supremo español, 894/2022, STS 4116/2022.

clusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero» (Hernández Basualto, 2010: 220-221). Por tanto, esta exigencia no es incompatible con la existencia de otros propósitos que incluso pueden ser los determinantes para la persona natural, aunque no obstante la ya mencionada exigencia de actuar «directa e inmediatamente», y además con un evidente énfasis subjetivo de parte del autor,⁴³ puede excluir muchos casos que se pueden presentar en la realidad. Por ejemplo, un delito de administración desleal podría llevar a graves perjuicios respecto de terceros, y no obstante no ser imputable a la persona jurídica por no traerle beneficios inmediatos. Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que dichos beneficios no necesariamente deben traducirse en un beneficio monetario directo, pues puede también consistir en mejoras de su imagen corporativa, el ahorro de recursos o la evitación de un perjuicio económico.

En los casos que ha conocido la jurisprudencia, y considerando que los delitos son constitutivos de cohecho, por lo general ese beneficio ha consistido en la obtención de permisos y resoluciones administrativos (Ceresita, Universidad del Mar), la evitación de multas (Pehuenche), la definición de proyectos de ley con un importante contenido regulatorio (Corpesca) o la adjudicación de proyectos (Educser).

La complejidad de este requisito justifica su supresión, que se realiza con la Ley de Delitos Económicos. En efecto, ya no se exige este requisito, y únicamente se excluye la responsabilidad penal cuando el hecho punible se perpetre exclusivamente en contra de la propia persona jurídica (artículo 3 Ley 20.393).⁴⁴

d) Que exista un vínculo entre el delito base y el defecto de organi-

43 En contra Navas y Jaar (2018: 1.036), que señalan: «Sin embargo, este criterio debería entenderse en términos objetivos sin considerar a las intenciones que perseguían los sujetos individuales, sino si efectivamente la persona se vio beneficiada por el delito cometido».

44 Pese a lo justificado de esta reforma, los problemas que esto genera son diversos cuando la propia empresa resulta perjudicada por el delito, pero también terceros —por ejemplo, un gerente de administración y finanzas se apropia de fondos de la empresa y también de fondos de terceros que se mantienen en custodia—. La empresa sería víctima y a la vez imputada del mismo delito —si no implementó efectivamente un modelo adecuado—, de lo que surgen varios problemas: ¿puede reprocharse a la empresa que al conocer del delito no lo haya denunciado, en circunstancias que puede resultar imputada por su propia denuncia? ¿Puede querrelarse contra dicho gerente y a la vez ser formalizada por la Ley 20.393? ¿Debiese agruparse dicha investigación o tramitarse en causas distintas?

zación de la persona jurídica. Por último, y como requisito esencial de la conexión material con el delito cometido, la ley exige expresamente que su comisión sea consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de sus deberes de dirección y supervisión.

Este requisito es el que nos lleva a plantear, como hicimos atrás, que en el modelo chileno la persona jurídica no responde simplemente porque un sujeto relevante haya cometido un delito en su interés o para su beneficio, sino porque dicho delito es consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión, y que no sería más que la manifestación de su defecto de organización. Es en virtud de este requisito que la persona jurídica se constituye en garante de vigilancia respecto de su personal y connota que los deberes de dirección y supervisión incluyen la prevención de delitos. En efecto, la ley señala:

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente (artículo 3, inciso tercero).

La ley entiende que se les ha dado debido cumplimiento cuando con anterioridad a la comisión del delito la persona jurídica ha adoptado e implementado un «modelo de prevención» con las características que luego la propia ley detalla en el artículo 4, y que veremos a continuación. De manera correcta, a nuestro entender, se ha señalado que esa forma de cumplir con los deberes en cuestión establecida en el artículo 4 no es la única posible en el sistema de la ley, porque en caso contrario esta hubiera previsto derechamente la inexistencia de un modelo de ese tipo como presupuesto de responsabilidad y no el incumplimiento de deberes que en principio pueden cumplirse de muy diversos modos, lo que viene confirmado por el propio artículo 4 cuando dispone que las personas jurídicas «podrán adoptar» el modelo de prevención previsto (Hernández Basualto, 2010: 226; Navas y Jaar, 2018: 1038 y 1039).

Si bien hasta el momento la jurisprudencia no ha tenido oportunidad de revisar el cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de una manera alternativa a la regulada en el artículo 4, al menos no ha señalado que la única forma de cumplirlos es cumpliendo lo señalado en dicha norma, e incluso ha dejado entrever que sería posible cumplir



mediante «modelos de organización».⁴⁵

Lo importante en cualquier caso es que, como todo presupuesto de responsabilidad penal, esto debe acreditarse y fundamentarse, sin que sea posible fundar el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión solo en el hecho de que no existe un modelo de prevención. En ese sentido, en forma acertada se ha destacado la sentencia del caso Universidad del Mar, la cual no se limita a usar una fórmula tipo de dos sentencias anteriores, sino que explica con mayor detalle por qué este requisito se verifica enumerando diversas medidas que la institución podría haber tomado y que no fueron implementadas (Navas y Jaar, 2018: 1039):⁴⁶

No se designaron en ninguna de ellas a un encargado de prevención u oficial de cumplimiento que estableciera método para la aplicación efectiva de un modelo y que realizara asimismo labores de supervisión y mejora. No se destinaron por parte de la corporación recursos ni

45 Por ejemplo, en el caso *Educer*, la sentencia señaló: «Por último, la comisión del delito por Silva Delgado fue consecuencia de la ausencia de toda medida de prevención interna por parte de *Educer Ltda.*, puesto que, tal como se analizó en el numeral 42 del considerando décimo quinto, hechas las indagaciones pertinentes, incautados los documentos de la empresa, habiéndose entrevistado a parte de su personal, la policía no logró recabar ningún antecedente relativo a que la persona jurídica aludida hubiere adoptado e implementado «modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido», tal como lo explicó el testigo Luis Gutiérrez. Asimismo, su gerente general, Alexis Silva, al declarar en juicio, corroboró que “no existían medidas adoptadas en la organización *Educer Ltda.* al respecto”. Sentencia del caso *Educer*, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, RIT 95-2019, considerando vigésimo. Una opinión contraria se observa en la sentencia del caso *Colbún*, que señala: «Se razona de este modo toda vez que dicho ilícito fue cometido directa e inmediatamente en su interés o provecho por sus dueños y representantes y como consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión, los cuales no se consideran cumplidos toda vez que no se ha adoptado ni implementado un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos conforme al artículo 4 de la Ley 20.393, esto último acreditado mediante el Oficio 1.831 de 28 de enero de 2013 de la Superintendencia de Valores y Seguros, a quien corresponde llevar el registro de las Entidades Certificadoras de Modelos de Prevención de Delitos que alude el artículo 4 de la Ley 20.293, las cuales deben remitir información anual sobre las personas jurídicas que certifiquen, que da cuenta que *Salmones Colbún Ltda.* y *Servicios Agrícolas Mecanizados Ltda.* no figuran en la información remitida como personas jurídicas certificadas». Sentencia del caso *Colbún*, Juzgado de Garantía de Talca, RIT 9.211-2012.

46 Los dos fallos anteriores a que se refiere corresponden a los casos *Pehuenche* y *Ceresita*.

medios materiales para realizar labores de prevención ni capacitaciones para prevenir dicho ilícito, no se realizaron labores para identificar dentro de la corporación las actividades o procesos de la entidad en que se generaba o incrementaba el riesgo de la comisión del delito de soborno, especialmente en relación con la CNA y sus integrantes. [...] No se establecieron por dichas corporaciones un sistema de denuncia o prosecución de responsabilidades para el caso de incumplimiento, ni un sistema de denuncias anónimas sobre posibles conductas contrarias a la probidad pública.⁴⁷

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, efectivamente el artículo 4 sí establece una regulación de al menos cómo entendería la ley satisfechos los deberes de dirección y supervisión, y que corresponden a los siguientes:

1. La designación de un encargado de prevención dotado de autonomía.
2. La provisión de los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que deben considerarse a lo menos: a) los recursos y medios materiales necesarios, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica; b) acceso directo a la administración para informar oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.
3. El establecimiento de un sistema de prevención de delitos, que debe ponerse en conocimiento de todos los trabajadores y colaboradores y contemplar a lo menos lo siguiente: a) la identificación de las actividades o procesos de la entidad en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de delitos; b) el establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a quienes intervengan en tales actividades o procesos programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de delitos; c) la identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en delitos; d) la existencia de sanciones internas, así como de procedimientos

⁴⁷ Sentencia caso *Universidad del Mar*, Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 4.799-2012.



de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

4. El establecimiento de métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad, permitiéndose además la posibilidad de certificar la adopción e implementación de dicho modelo.

Ahora bien, lo más importante que cabe mencionar sobre este punto, como una observación general sobre estos contenidos que menciona la ley, es que la implementación de un modelo de prevención no puede limitarse a un mero cumplimiento formal, a la elaboración de un documento escrito con señalamiento de las medidas y a la designación de un encargado de prevención, si en la práctica la organización no implementa efectivamente controles, para cuyo diseño antes se hayan evaluado los riesgos concretos que enfrenta la persona jurídica de acuerdo a las actividades que desarrolla. No se trata de implementar un modelo «a prueba de delitos», sino más bien establecer controles idóneos ajustados a la realidad de cada organización y que dificulten la comisión de delitos. Este es uno de los aspectos más destacables del caso Corpesca, en el que la empresa sí contaba, formalmente, con un modelo de prevención de delitos. En efecto, en dicho caso, la sentencia constató un defecto de organización grave al interior de la empresa, al indicar:

Se determinó que el exgerente de la firma, con el sistema operativo vigente, autorizó numerosas boletas falsas con el imputado sin perjuicio de que Corpesca tuvo que rectificar más de ochenta boletas cuyo respaldo fue cuestionado. Circunstancias que dio cuenta que el sistema de control era feble, no solo en el tema contable, sino que también en lo relativo al gerente general cuyas órdenes se cumplieron sin ningún tipo de fiscalización. Claramente, la empresa *no tenía un correcto modelo organizativo que precaviera la comisión de ilícitos*.

A continuación, señalaba la resolución:

Las conductas descritas y desplegadas por el gerente general de la empresa Corpesca S. A. fueron consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica imputada, de los deberes de dirección y super-



visión, por no haber establecido un sistema de prevención de este tipo de delitos a la fecha de comisión de los mismos, como tampoco haber establecido ningún tipo de modelo de organización, administración y supervisión, en conformidad al artículo 4 de la Ley 20.393.⁴⁸

De ahí entonces que el fundamento de la responsabilidad de la empresa radica en que no tenía un correcto modelo organizativo que precaviera la comisión de ilícitos si la autoridad máxima de la administración, fuera del directorio, no estaba sujeta a un mínimo cuestionamiento o control, lo que sin duda permitió su ejecución. Incluso, señala el fallo que Corpesca no cumplió con el deber impuesto por su propio modelo de prevención de delitos, en el sentido de incorporarlo en los anexos de contratos de trabajo en forma oportuna y eficiente para el conocimiento de sus trabajadores, incluyendo el de los altos ejecutivos, como era el caso del gerente general, que fue la persona natural que cometió los delitos de cohecho.

Por último, cabe referirnos brevemente al último de los elementos que la ley prescribe sobre el contenido de un modelo de prevención de delitos, consistente en la posibilidad de obtener la certificación del hecho de haber adoptado e implementado tal modelo, certificación que, conforme a los antecedentes legislativos, debería fundar una presunción de cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión en favor de la entidad. Correctamente se ha señalado que, al no mencionar la ley presunción de ningún tipo, se trataría de una presunción simplemente legal que puede ser desvirtuada por el Ministerio Público (Hernández Basualto, 2010: 226). Sin embargo, cabe preguntarse qué sucedería en caso de no contar con dicha certificación. Algunos han sostenido que es la empresa la que tendría que demostrar el cumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión, pues no podría desconocerse que cuando un sujeto en gran medida relacionado con una persona jurídica comete un delito directa e inmediatamente en interés de ella o para su provecho, es muy probable que sea porque algo no está funcionando bien en la entidad, de modo que el delito es un indicio fuerte de incumplimiento de deberes que pesan sobre esta y, en consecuencia, no sería objetable que el Ministerio Público se limitase a acreditar los otros requisitos de la responsabilidad en tanto la entidad no aporte antecedentes plausibles

48 Sentencia del caso *Corpesca*, Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 309-2018.

del debido cumplimiento de sus deberes.

Con todo, discrepamos de esta opinión (Hernández Basualto, 2010: 227). Tal como ha señalado la jurisprudencia, «en nuestra legislación no se ha invertido la carga de la prueba, por lo tanto, es el Ministerio Público el que debe acreditar, de acuerdo con el estándar que rige en el proceso penal, que la organización no ha ajustado su comportamiento conforme a derecho».⁴⁹

Cabe destacar que también en este punto la Ley de Delitos Económicos incorpora importantes modificaciones. En primer lugar, sin afectar el modelo de imputación en virtud del cual la empresa es responsable por su propio defecto de organización, este cambia, pues ya no se trata de que el delito haya sido una consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión, sino que en adelante responderá penalmente cuando dicha infracción «se vea favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención de tales delitos, por parte de la persona jurídica» (artículo 3). Desde luego, pasar de una consecuencia a solo un factor de facilitación de la infracción amplía las posibilidades de imputación, aunque la ley se ha encargado de reconocer expresamente la posibilidad de que la persona jurídica se exima de responsabilidad si, en la medida exigible a su objeto social, giro, tamaño, complejidad, recursos y a las actividades que desarrolle, considere seria y razonablemente la identificación de procesos de mayor riesgo, la designación de responsables, el establecimiento de protocolos y procedimientos, y la previsión de evaluaciones periódicas por terceros independientes y mecanismos de perfeccionamiento o actualización a partir de tales evaluaciones (artículo 4).⁵⁰

Ley 20.730, Regula el Lobby y las Gestiones que

49 Sentencia del caso *Educer*, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, RIT 95-2019.

50 Debe advertirse que, sin embargo, la ley omitió mandar a algún organismo que pudiese dictar directrices sobre el diseño o implementación de programas, o sobre estándares de dichos evaluadores. Eso sí ocurre tanto en experiencias comparadas como en Chile, en programas de *compliance* de libre competencia (Fiscalía Nacional Económica) y prevención de lavados de activos (Unidad de Análisis Financiero).

Representen Intereses Particulares ante las Autoridades y Funcionarios

Erróneamente en nuestro país el lobby ha tenido una connotación negativa, aunque todo proceso de toma de decisiones por parte de la autoridad debe ser escrutado y sujeto a transparencia, pues puede, por una parte, estar sometido a influencias negativas que impliquen verdaderas capturas regulatorias por grupos de interés por sobre el interés general; pero por otra, también puede tener una connotación positiva por la provisión de datos, el acceso de actores relevantes y la participación para la definición de políticas públicas.

De ahí entonces que lo relevante del lobby no es su prohibición, sino su regulación, camino que han seguido distintos países desde antes de 2014, cuando se publicó en Chile una normativa especial sobre la materia. Entre esos países destacan Estados Unidos (1940), Alemania (1951), Australia (1983), Canadá (1989), Polonia (2005), Hungría (2006), Israel (2008), Francia (2009), México y Eslovenia (2010), Italia y Holanda (2012). Por lo demás, debía evitarse cualquier tipo de discriminación en un área que se encontraba desregulada pero que a la vez formaba parte de un derecho de petición constitucionalmente reconocido, en virtud del cual se garantiza el acceso a la autoridad «sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes» (artículo 19 numeral 14 de la Constitución Política).⁵¹

A diferencia de la tramitación de la Ley 20.393, que, como señalamos, tardó solo siete meses, los intentos legislativos en el caso del lobby se extendieron once años en destrabarse (2003-2014), ya que si bien la Ley 20.730 es fruto de un proyecto de ley de 2008, ya venía discutiéndose en virtud de un proyecto de ley presentado en 2003.⁵²

Es así como el 8 de marzo de 2014 se publicó la Ley 20.730, que «Re-

⁵¹ Debían considerarse, además, recientes e importantes modificaciones normativas, como la reforma constitucional de 2005, que estableció el principio de publicidad; y la Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública.

⁵² Boletín 3.407-07 de 2003, que se trataba de un Mensaje presentado como fruto de las recomendaciones de la Comisión Nacional de Ética Pública convocada durante el gobierno del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994), cuyo informe concluyó en 1996, y al que nos referimos en la sección introductoria de este capítulo. Incluso se ha destacado como antecedente originario una moción de la Cámara de Diputados correspondiente al Boletín 966-07, del 15 de abril de 1993 (Mora Ortega, 2021: 128).

gula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios de la administración del Estado», en tanto que el 28 de agosto se publicó en el *Diario Oficial* el Decreto 71 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establece el reglamento de la ley, que entró en vigor el 28 de noviembre de 2014 y, con ello, modifica la manera de relacionarse informalmente con autoridades públicas, imponiéndole a estas últimas obligaciones de transparentar su agenda, e imponiéndole a los particulares obligaciones de transparentar a quienes representan y los motivos de audiencias o reuniones que soliciten, creándose un registro público para tales efectos.⁵³ Mencionaremos a continuación los principales aspectos de la ley.

Concepto de lobby

Se considera lobby y, en consecuencia, sometido al alcance de esta ley, cualquier gestión o actividad remunerada que tenga por objeto promover, defender o representar cualquier interés particular ante las autoridades públicas, con propósito de influir en las decisiones que deban adoptar en el ejercicio de sus funciones.⁵⁴

Sujeto pasivo de lobby

La ley establece quiénes son sujetos pasivos y, por ende, se someten a la regulación de la ley:

- Ministros, subsecretarios, jefes de servicios, directores regionales de los servicios públicos, intendentes y gobernadores, secretarios regionales ministeriales y embajadores, y jefes de gabinete de las

53 Acertadamente, la ley estableció una implementación gradual, que sirvió para impedir que se repitiera el problema suscitado durante la puesta en marcha de la Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, referente al retraso evidente de las municipalidades y de los organismos regionales. Por ello, y con una diferencia de un año en comparación a las máximas autoridades, la ley se hizo aplicable a consejeros regionales, alcaldes, concejales, secretarios ejecutivos de los consejos regionales, directores de obras municipales y secretarios municipales.

54 Cabe señalar que si bien la ley distingue entre gestores de interés y lobbistas, los cuales solo se diferencian entre sí en el caso de recibir una remuneración, por el hecho de tratar de influir en una autoridad para obtener una decisión determinada (artículo 2, numeral 5), tal diferenciación no tiene efecto alguno. Solo se explica porque durante la tramitación legislativa originalmente se pretendió establecer una regulación y registro especial y obligatorio para los lobbistas.

personas individualizadas anteriormente, si los tuvieren.

- Miembros de la Administración regional y comunal.
- De la Contraloría: el contralor general y el subcontralor general.
- En el Congreso Nacional: diputados, senadores, secretario general y prosecretario de la Cámara de Diputados, secretario general y prosecretario tesorero del Senado y los asesores legislativos que indique anualmente cada parlamentario.
- En el Ministerio Público: el fiscal nacional y los fiscales regionales.
- Los consejeros del Consejo de Defensa del Estado, del Consejo Directivo del Servicio Electoral, del Consejo para la Transparencia, del Consejo de Alta Dirección Pública, del Consejo Nacional de Televisión, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, los integrantes de los paneles de expertos y del panel técnico, solo en lo que respecta al ejercicio de sus funciones. Asimismo, se consideran sujetos pasivos de esta ley los integrantes de las comisiones evaluadoras de licitaciones públicas de órganos del Estado.⁵⁵
- Otros como miembros de Fuerzas Armadas,⁵⁶ integrantes del Banco Central,⁵⁷ etcétera.
- El Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral podrán ejercer la atribución de designar sujetos pasivos, dictando para estos efectos los acuerdos o resoluciones que correspondan, los que deberán publicarse de manera permanente en sus sitios electrónicos.

Respecto del Poder Judicial, en cumplimiento de esta ley, efectivamente ha dictado las correspondientes resoluciones. La última de ellas corresponde a la Resolución 210/2022, del director de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, en la cual incluye como sujetos pasivos de lobby a:

- Ministros de la Corte Suprema que integran el Consejo Superior.

⁵⁵ Puede cuestionarse que se incluya a estos últimos, considerando que las bases de compras de bienes y servicios prohíben en general todo contacto con algún oferente.

⁵⁶ Los oficiales generales, el jefe y subjefe del Estado Mayor Conjunto y los encargados de las adquisiciones. Antes de la reforma efectuada por la Ley 21.427 de 2022, en lugar de los denominados oficiales generales solo se contemplaba a los comandantes en jefe, el director general de la Policía de Investigaciones de Chile y el general director de Carabineros de Chile.

⁵⁷ El presidente, el vicepresidente y los consejeros.



- Director,⁵⁸ subdirector y jefaturas de Departamentos de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.
- Integrantes de los Consejos de Coordinación Zonal.⁵⁹

Cabe destacar como un aspecto positivo de la ley que, más allá de este listado de cargos que constituyen sujetos pasivos de lobby, se permite a los distintos órganos públicos instruir que otros funcionarios adquieran esta categoría, cuando según su función o cargo tengan atribuciones decisorias relevantes, entendiendo que la realidad al interior de cada organismo es dinámica y que nuevas personas pueden asumir puestos de significación decisoria, sin ser necesariamente autoridades ni jefaturas.

Conductas excluidas del alcance de la ley

Hay ciertas conductas excluidas expresamente de la aplicación de esta ley. Entre otras:

- Los planteamientos de carácter público.
- La petición para conocer el estado de tramitación de un procedimiento administrativo.
- La información entregada a una autoridad pública que la haya solicitado expresamente, para efectos de realizar una actividad o adoptar una decisión.
- Las presentaciones hechas formalmente en un procedimiento administrativo, siempre que no se solicite la adopción, modificación o derogación de normas legales o reglamentarias, ni el cambio de resultados de procesos administrativos o de selección.
- Las asesorías contratadas por órganos públicos y parlamentarios realizadas por profesionales e investigadores.
- Las declaraciones efectuadas o las informaciones entregadas ante

⁵⁸ No era necesario señalarlo, pues como se indicó, se encuentra expresamente incorporado en la ley como sujeto pasivo de lobby.

⁵⁹ Posterior a la Resolución 210/2022 se dictó una última resolución, la 395/2022, que actualizó los integrantes de algunos Consejos de Coordinación Zonal. Con todo, hubiese sido preferible mantener un único documento en que estén disponibles, de manera actualizada, todos los sujetos pasivo integrantes del Poder Judicial. Las resoluciones pueden revisarse en «Resolución que establece funcionarios sujetos pasivos de lobby», Poder Judicial, disponible en <https://bit.ly/447QOyc>.

una comisión del Congreso Nacional.

- La defensa en juicio, el patrocinio de causas judiciales o administrativas, pero solo respecto de aquellas actuaciones propias del procedimiento judicial o administrativo.
- Las declaraciones o comunicaciones realizadas por el directamente afectado o por sus representantes en el marco de un procedimiento o investigación administrativos.

Obligaciones vinculadas al lobby

Las personas que practiquen lobby o gestión de intereses particulares deben proporcionar oportuna y verazmente a autoridades y funcionarios la información señalada en esta ley, cuando esta les sea requerida. En específico, se requiere:

- Individualización de las personas que solicitan y asistirán a la audiencia o reunión, mediante su nombre completo y número de cédula nacional de identidad o número de pasaporte en el caso de extranjeros que no posean cédula de identidad. Deberá indicarse un correo electrónico, teléfono u otro medio de contacto.
- Individualización de la persona, organización o entidad a quienes representan.
- El hecho de percibir o no una remuneración a causa de la actividad de lobby o gestión de intereses particulares que se realizará.
- Materia que se tratará en la reunión, con referencia específica a la decisión que se pretende obtener, en relación con el artículo 5 de la Ley 20.730.
- En el caso de las personas jurídicas, la información que se les solicite respecto de su estructura y conformación, sin que en caso alguno les sea obligatorio suministrar información confidencial o estratégica.

Registro de lobistas

Los distintos órganos públicos deben tener un registro público de lobistas, en el cual se individualizarán las personas que hayan sostenido audiencia con los sujetos pasivos que cumplan funciones en el respectivo organismo. En dicho registro pueden inscribirse, en forma previa y



voluntaria, aquellas personas que realicen lobby o gestión de intereses particulares, para efectos de facilitar la entrega de la información correspondiente al momento de solicitar audiencia.

Sanciones

El que solicite una reunión o audiencia omitiendo inexcusablemente la información señalada en el inciso anterior o indicare a sabiendas información inexacta o falsa sobre tales materias, será sancionado con multa de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las otras penas que pudieren corresponderle.

Registros de donativos oficiales y protocolares

Los sujetos pasivos deberán registrar los donativos que reciban en el ejercicio de sus funciones. Esto es muy relevante para efectos de prevenir conductas vinculadas a los delitos de soborno, considerando además que la propia ley penal permite la entrega de obsequios de bajo monto.⁶⁰

Plazo para pronunciarse

La ley otorga a la autoridad un plazo de tres días hábiles para que se pronuncie sobre la solicitud de audiencia o reunión.

Deber de denuncia

Por último, es importante tener en cuenta que todo funcionario público tiene el deber de denunciar un incumplimiento a esta ley.

A ocho años de haberse implementado la ley, podemos señalar el efecto democratizador de la legislación, con incluso un rol en la disminución de la desigualdad en la influencia política, provocado por el fin de las barreras de entrada en el acceso a las autoridades y funcionarios, como también por la transparencia introducida en la toma de decisiones, aunque debe tenerse presente que el lobby no constituye un mecanismo de participación ciudadana propiamente tal, al no involu-

60 El artículo 251 sexies del Código Penal dispone en su inciso primero: «No será constitutivo de los delitos contemplados en los artículos 248, 250, incisos segundo y tercero, y 251 bis aceptar, dar u ofrecer donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación».



crar al solicitante dentro del proceso deliberativo de las políticas públicas, como tampoco permite exigir el cumplimiento de los compromisos acordados en las reuniones (Mora Ortega, 2021: 139 y 139).

Al revisar las estadísticas, como muestra la **tabla 4**, su aplicación ha logrado exitosamente un gran alcance.

Tabla 4. Estadísticas de registros por aplicación de la Ley 20.730

Ítem	Registros
Audiencias	589.835
Viajes	526.208
Donativos	50.544
Representados	360.775
Lobbistas	108.247

Fuente: <https://www.infolobby.cl>.

Ley 20.880, sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses

La Ley 20.880, sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses, fue publicada el 5 de enero de 2016, y estableció, entre otras materias, como obligatoria la declaración de intereses y patrimonio (DIP) a las autoridades que ejercen una función pública. Sin embargo, para explicar esta ley es necesario referirnos antes a la Ley 19.653, publicada el 14 de diciembre de 1999, que incorporó a la Ley 18.575 un título 3 referido a la probidad administrativa y que, junto a otras modificaciones, incorporó la declaración de intereses como mecanismo de resguardo del principio de probidad. Cabe señalar que, como señalamos en la sección introductoria, ya la Comisión Nacional de Ética Pública de 1994 había señalado como una de las recomendaciones para combatir y prevenir la corrupción «el establecer la obligatoriedad de hacer declaraciones juradas de patrimonio y de intereses».

Es así como, consecuencia de esa recomendación, dicha ley de 1999 consideró como sujetos obligados a efectuar tal declaración al presidente de la República, ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores,⁶¹ secretarios regionales ministeriales, jefes superiores de

⁶¹ Actuales delegados presidenciales regionales y delegados presidenciales provinciales, respectivamente.

Servicio, embajadores, consejeros del Consejo de Defensa del Estado, contralor general de la República, oficiales superiores de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, alcaldes, concejales y consejeros regionales. Junto con estas autoridades, incluyó a funcionarios directivos, profesionales, técnicos y fiscalizadores de la Administración del Estado que se desempeñen hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente.

Esta declaración de intereses debía presentarse dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de asunción del cargo y actualizarse cada cuatro años, o cada vez que ocurra un hecho relevante que la modifique. En cuanto a su contenido, la declaración debía incluir la individualización de las actividades profesionales y económicas en que participara la autoridad o el funcionario. Además, se establecieron normas referidas a la responsabilidad y sanciones en caso de incumplimiento, como la aplicación de multas por la no presentación oportuna de la declaración o su actualización, hasta la destitución por la inclusión de datos relevantes inexactos o una omisión inexcusable de información relevante.

Cabe señalar que la obligación de declaración se extendió a autoridades de otros órganos del Estado, y si bien el contenido, oportunidad y periodicidad fueron las mismas que respecto de los órganos de la Administración del Estado, la formalidad, el órgano ante el cual se presentaba la declaración y el procedimiento de aplicación de las sanciones cambiaba en cada caso. Así, también resultaron obligados a presentar una declaración de intereses diputados y senadores,⁶² miembros del escalafón primario del Poder Judicial (presidente, ministros, fiscal judicial, secretario abogado del fiscal, secretario, prosecretario y relatores de la Corte Suprema; el presidente, ministros, fiscales judiciales, relatores y secretarios de las Cortes de Apelaciones; jueces de letras, en materia penal, secretarios de juzgados de Letras de capital de provincia, secretarios de dichos juzgados), los miembros de la segunda serie del escalafón secundario del Poder Judicial (notarios, conservadores y archiveros), los jueces de policía local, representantes del Estado en sociedades anón-

62 En el caso de la declaración de intereses de parlamentarios, se estableció expresamente que la declaración de intereses se mantendría para su consulta pública y cualquier persona podría obtener una copia.

nimas, directores y gerentes de empresas del Estado⁶³ y consejeros del Banco Central.

El principal propósito de la declaración de intereses para las autoridades era establecer si estas en un momento determinado favorecían un interés particular y si con ello incurrían en ilícitos. Es decir, se trata de una declaración que, al ser pública, favorece el control que la ciudadanía puede ejercer respecto de las actuaciones o decisiones de las autoridades que adopten en ejercicio de sus funciones, respecto de ámbitos en los que tienen un interés particular, o algunos de sus familiares directos.

Más tarde, la Ley 20.088 de 2006 incorporó como obligatoria la declaración jurada patrimonial de bienes a las autoridades que ejercen una función pública, mecanismo de control que permite evaluar la evolución de la situación patrimonial de funcionarios públicos, al obligar a presentar dicha declaración al principio y al final de su mandato o de sus funciones pudiendo identificar un posible enriquecimiento ilícito si no existía alguna justificación lógica de un incremento exacerbado del patrimonio de la autoridad en cuestión, al comparar ambas declaraciones.⁶⁴

También esta ley amplió los sujetos obligados, al incorporar ministros y abogados integrantes del Tribunal Constitucional, el fiscal nacional, a fiscales regionales y fiscales adjuntos del Ministerio Público, a integrantes del Tribunal para la Defensa de la Libre Competencia, el Tribunal Calificador de Elecciones y el Tribunales Electorales Regionales.

Si bien la declaración patrimonial, de acuerdo a la ley, debería mantenerse para su consulta pública, con la posibilidad de dar una copia a quien lo solicitare, a costa del peticionario, esto fue modificado en la práctica. En efecto, el Tribunal Constitucional, a raíz del control preventivo de la Ley 20.088, tuvo oportunidad de pronunciarse, con votaciones divididas, respecto de la publicidad de la declaración de patrimonio. Así, una postura consideró que la situación patrimonial de una persona como expresión de la personalidad está amparada por el derecho a la privacidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19, numeral 4 de la Constitución Política, de modo que el acceso a la información de la declaración es de carácter excepcional. Una segunda postura fue partidaria

63 Por ejemplo, Televisión Nacional de Chile, la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, la Empresa Nacional de Minería, la Corporación Nacional del Cobre de Chile y el Banco del Estado de Chile.

64 La Ley 20.088 introdujo también el delito de enriquecimiento ilícito, incorporando un nuevo artículo 241 bis en el Código Penal.



de la plena publicidad, pues los bienes patrimoniales están fuera de la privacidad. Por último, y como postura mayoritaria, se consideró que la publicidad de la declaración de patrimonio existiera para terceros, pero solo si se invocaban finalidades legítimas. De este modo, el Tribunal Constitucional restringió el acceso irrestricto a dichas declaraciones.⁶⁵

En razón de lo anterior, en 2010 se publicó la Ley 20.414, reforma constitucional en materia de transparencia, modernización del Estado y calidad de la política, en virtud de la cual, entre otros ámbitos, se introdujo expresamente el reconocimiento a nivel constitucional de la declaración de intereses y patrimonio como una herramienta en resguardo del ejercicio de la función pública. Es así como, en el contexto del artículo 8 de la Constitución, que consagra el principio de probidad y la publicidad de los actos, resoluciones, fundamentos y procedimientos de los órganos del Estado, se incorporaron los incisos tercero y cuarto nuevos para obligar a las autoridades, determinadas por una ley orgánica, a declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.⁶⁶ En consecuencia, esta modificación permitió levantar la restricción sobre publicidad de la declaración de intereses y patrimonio que había establecido el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2005.

Todas estas reformas habían tenido un fuerte impacto en la aplicación de declaraciones obligatorias, como la de intereses y patrimonio. En efecto, mientras que en 2007 se presentaron 4.002 declaraciones de intereses y 3.557 declaraciones de patrimonio, a 2015 las declaraciones fueron 15.624 y 16.973, respectivamente (García, 2021: 164 y 165). Por otra parte, y como se revisó en la sección introductoria, en 2015 el Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción propuso una serie de medidas, algunas de ellas vinculadas a la regulación de los conflictos de intereses. Así, el informe señaló que la regulación vigente a esa época no era suficiente para garantizar la prevención de conflictos, puesto que la información no se presentaba en un formato que facilitara el cruce de información, no

65 Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 460, 2005, considerandos trigésimo y trigésimo segundo.

66 La reforma constitucional también estableció que la ley determinará los casos y las condiciones en que las autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de la función pública, así como considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

existía una entidad a cargo de verificar el contenido de las declaraciones y las sanciones asociadas al incumplimiento de la obligación legal eran bajas. Como resultado de esto, el Consejo generó doce recomendaciones destinadas a mejorar los mecanismos de prevención, detección y sanción de conflictos de intereses. Por ello, el informe propuso aumentar el número de autoridades y personas funcionarias obligadas a emitir esta declaración, ampliar y profundizar su contenido, dotar a la Contraloría General de la República de las facultades necesarias para fiscalizar su integridad y veracidad, la formalización de una entidad a cargo de controlar esta materia en el Poder Judicial y Legislativo, el establecimiento de sanciones más altas y la publicación de las declaraciones en el Portal de Transparencia (García, 2021: 166).

Es en ese contexto que en 2016 fue publicada la Ley 20.880, y cuya tramitación se originó con un mensaje presentado en 2011. Así, con la nueva normativa se sistematizaron en un solo cuerpo legal las normas aplicables al principio de probidad en el ejercicio de la función pública, en particular regulando la declaración de intereses y patrimonio que antes se contenían, por separado, en la Ley 18.575, con las modificaciones de la Ley 19.653 y la Ley 20.088, y la reforma constitucional al referido artículo 8.

Ya en el título 1, «De la declaración de intereses y patrimonio», y específicamente en su artículo 1, consagra y define el principio de probidad: «Consiste en observar una conducta funcionaria intachable, un desempeño honesto y leal de la función o cargo con preeminencia del interés general sobre el particular», lo que permite una interpretación sistemática con el artículo 8 de la Constitución Política de la República y el artículo 52 de la Ley 18.575.

Sin embargo, lo más destacable de dicho artículo lo constituye la definición de conflicto de interés:

Existe conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública cuando concurren a la vez el interés general propio del ejercicio de las funciones con un interés particular, sea o no de carácter económico, de quien ejerce dichas funciones o de los terceros vinculados a él determinados por la ley, o cuando concurren circunstancias que le restan imparcialidad en el ejercicio de sus competencias.

Esta definición es destacable porque, a diferencia de la existente hasta ese momento,⁶⁷ se amplió la concepción del interés particular, al precisarse que puede tratarse de un interés de naturaleza diversa a la económica, que no solo abarca a quien ejerce las funciones, sino que a terceros vinculados a esa persona, e incluso cuando concurren circunstancias que «le restan imparcialidad en el ejercicio de sus competencias» (González, 2021: 156). Así, la incorporación de intereses no económicos otorga una perspectiva amplia que abarca otro tipo de intereses, como los de carácter social, de posiciones de poder o incluso de ventajas indeterminadas y futuras. Asimismo, la ley hace mención a que los conflictos de intereses podrían provenir de situaciones que involucren directamente a personas titulares de un cargo público o de terceros vinculados a esta persona. Esto permite elevar el estándar no solo a conflictos de intereses reales en los que el interés, la ganancia o ventaja personal en efecto se encuentra en compromiso con su deber público, sino que también a situaciones menos directas o difusas. Por ejemplo, ciertos conflictos aparentes en que, a raíz de una relación de amistad o cercanía informal, el interés personal de una persona pudiera estar en conflicto con su deber público, aunque no sea así en la realidad. O incluso algunos conflictos potenciales en términos temporales, en que el interés privado aún no entra en conflicto con su deber público, pero dicha situación podría darse en el futuro (García, 2021: 168).

Por otra parte, la norma amplió considerablemente las personas que quedan obligadas a esta declaración de intereses:

- Cónsules.
- Integrantes del Consejo Directivo del Servicio Electoral, del Consejo para la Transparencia, del Consejo de Alta Dirección Pública, del Instituto Nacional de Derechos Humanos y del Consejo Nacional de Televisión.

67 En 2003 se había incorporado una definición de conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública en el artículo 5 de la Ley 19.896, a propósito de la contratación a honorarios por la Administración del Estado, a fin de evitar este tipo de conflictos en caso de que la persona contratada prestare servicios en cualquier calidad jurídica en otra repartición pública. El inciso cuarto de dicha norma señala que «se entenderá que hay conflicto de intereses cuando las labores encomendadas en los diversos organismos pongan a la persona a quien se le ha encomendado tareas en ambos, en situación de lesionar los objetivos de cualquiera de esas entidades o cuando sus propios intereses personales puedan pugnar con los de alguna de ellas». La norma continúa vigente.

- Integrantes de los paneles de expertos o técnicos creados por la Ley 19.940, la Ley 20.378 y la Ley 20.410.
- Defensores locales de la Defensoría Penal Pública.
- Presidentes y directores de corporaciones y fundaciones relacionados con la Dirección Administrativa de la Presidencia de la República, sea que perciban o no una remuneración.
- Directores y secretarios ejecutivos de fundaciones, corporaciones o asociaciones municipales reguladas por la Ley Orgánica de Municipalidades.
- Personas contratadas a honorarios que presten servicios en la Administración del Estado, cuando perciban en forma regular una remuneración igual o superior al promedio mensual de la recibida anualmente por un funcionario que se desempeñe en el tercer nivel jerárquico.
- Rectores, rectoras y miembros de las juntas directivas de las universidades del Estado.
- Integrantes del Consejo del Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa, establecido en el título 6 de la Ley 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.
- Integrantes de las categorías A, B y C de las plantas del Congreso Nacional o de la Biblioteca del Congreso Nacional, abogados y abogadas secretarios de comisiones y quienes integren el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias o el Comité de Auditoría Parlamentaria.
- Director o directora de la Corporación Administrativa del Poder Judicial
- Integrantes titulares y suplentes del Tribunal de Contratación Pública, de los Tribunales Tributarios y Aduaneros, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Tribunales Ambientales.
- Subcontralor o subcontralora, a los contralores y contraloras regionales y a quienes se desempeñen hasta el tercer nivel jerárquico en dicha institución.
- Integrantes de la directiva central de los partidos políticos.

Otras modificaciones relevantes se refieren a la oportunidad y forma de la declaración. Así, la actualización periódica se redujo de cuatro a un año, obviamente sin perjuicio de la obligación de presentar la decla-



ración dentro de los treinta días siguientes al término de las funciones. En cuanto a la forma, la protocolización notarial se reemplazó por un formulario electrónico que reviste la calidad de declaración jurada para todos los efectos legales. La importancia de aquello consiste en que permite la interoperabilidad de las bases de datos entre las entidades responsables de la fiscalización para cada caso.

En cuanto a la publicidad de la declaración, se estableció su carácter público, sin perjuicio de los datos sensibles y datos personales que sirvan para la individualización del declarante y su domicilio.⁶⁸ Además, los datos contenidos en la declaración no pueden usarse con finalidades diferentes a aquellas que permitan el control de la probidad en la función pública. En cuanto a ciertas autoridades, se contempla además la obligación de publicarlas en el sitio electrónico de la institución respectiva, en formato de datos abiertos y reutilizables, y deben mantenerse en dicho sitio mientras el declarante se desempeñe en el cargo y hasta seis meses después del cese de sus funciones.

Una importante innovación en el aspecto procesal se dio respecto de las responsabilidades y sanciones por infracciones al deber de efectuar la declaración de intereses y patrimonio de las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado, toda vez que se estableció la posibilidad de reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva. Respecto de la resolución que falle este asunto no proceden recursos ulteriores y la interposición de una reclamación suspende la aplicación de la sanción impuesta por la resolución recurrida.

La entrada en vigor de esta ley tuvo un impacto inmediato. De hecho, si en 2016 se presentaron 10.273 declaraciones en el marco de la Ley 18.575, en 2017 las declaraciones sujetas a los nuevos estándares definidos por la Ley 20.880 alcanzaron las 105.235 (García, 2021: 167).

Esta masividad de los datos por cierto conlleva la necesidad de poder fiscalizar dichas declaraciones. En ese sentido, la Contraloría General de la República, a través de la Unidad de Análisis de Declaraciones de Intereses y Patrimonio, fiscaliza las más de 100.000 declaraciones juradas basada en técnicas de análisis de datos masivos o *big data*, en los que se aplican algoritmos semiautomatizados a la información con-

68 En el caso de ciertas autoridades, se incluye la obligación de incluir el nombre completo de sus parientes por consanguinidad en toda la línea recta que se encuentren vivos y en el segundo grado tanto en la línea colateral como por afinidad.

tenida en las DIP con el propósito de contrastarla con las fuentes oficiales proporcionadas por distintas instituciones estatales.⁶⁹ Luego de esta primera verificación, el sistema considera la emisión de notificaciones electrónicas masivas en que se informa a cada una de las personas declarantes las observaciones detectadas, indicando la necesidad de corregirlas. En el caso de mantenerse las inconsistencias detectadas, se procede a la formulación de cargos a través de procedimientos disciplinarios que podrían terminar en alguna de las sanciones que la ley establece.⁷⁰ Por lo demás, en virtud de esta fiscalización, y específicamente de los estudios patrimoniales realizados por la Contraloría sobre las declaraciones presentadas, se han confeccionado diversos reportes de operaciones sospechosas (ROS), los cuales se remiten a la Unidad de Análisis Financiero.

Con todo, se han reconocido deficiencias que subsisten para un efectivo control a través del procesamiento de datos de la Contraloría, las que, en consecuencia, han sido recogidas para la elaboración de propuestas en la Estrategia Nacional Anticorrupción de la Contraloría General de la República, que se detalló en capítulo «Contraloría General

69 Respecto de la Contraloría General de la República, la Cámara de Diputados es la encargada de verificar su debido cumplimiento.

70 Respecto de los órganos de la Administración del Estado, el ente contralor, de oficio o a petición de parte, apercibirá a quien no cumpla o cumpla tardía o imperfectamente para que presente o rectifique la respectiva declaración dentro del plazo de diez días hábiles, notificándolo por carta certificada. Si el funcionario u autoridad obligada a efectuarla se mantiene en su incumplimiento, tras un procedimiento administrativo, la Contraloría propondrá al jefe de servicio, o a quien haga sus veces, mediante resolución fundada, la aplicación de una multa a beneficio fiscal de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, la que será reiterada hasta por cuatro meses. Transcurrido dicho plazo, se considerará falta grave a la probidad y dará lugar a la destitución o cese de funciones del infractor, dejándose constancia en la respectiva hoja de vida funcionaria. En este sentido, y tal como señala la norma, el cese en funciones del sujeto obligado no extingue la responsabilidad a que da lugar, la que podrá hacerse efectiva dentro de los cuatro años siguientes al incumplimiento. Respecto de la obligación de los miembros de otros órganos del Estado, se establecen normas de procedimiento específicas en cada caso para la aplicación de las sanciones en el caso de incumplimiento. Con todo, se precisa que la responsabilidad que resultare frente a un incumplimiento o cumplimiento imperfecto o tardío será aplicada por la autoridad que se encuentre investida de potestad disciplinaria o facultad para remover al infractor en conformidad a la Constitución o la ley (González, 2021: 159 y 160).

de la República». ⁷¹ Así, podemos destacar cinco aspectos que requieren ser revisados:

- La falta de información de gran importancia para la identificación de posibles irregularidades, como la Comisión para el Mercado Financiero respecto de las deudas y obligaciones asociadas a las personas declarantes.
- La existencia de ciertas materias que se encuentran dispersas en distintas instituciones, como el registro de redes societarias de empresas proveedoras del Estado.
- Los distintos niveles de desarrollo tecnológico presentes en el sector público, reflejado en que ciertas instituciones trabajan con mecanismos de registro que impiden el procesamiento masivo de la información, como los conservadores de bienes raíces o el Registro de Comercio, entre otros.
- La necesidad de extender la obligación de declaración a personal que se desempeña en áreas altamente expuestas a riesgos de integridad, como los mecanismos de evaluación de impacto ambiental, procesos licitatorios de obras públicas o infraestructura, compras públicas, funcionarios de administración directa de fondos públicos, organismos fiscalizadores, superintendencias y servicios públicos con labores de control.
- La necesidad de establecer un registro de beneficiarios finales. Este tipo de instrumentos ha sido reconocido tanto a nivel internacional como nacional como indispensable para avanzar en la identificación de conflictos de intereses en áreas sensibles para la institucionalidad como las compras públicas, el medioambiente, las obras públicas y la infraestructura.

Ley 21.121, que modifica el Código Penal y Otras Normas Legales para la Prevención, Detección y Persecución de la Corrupción

La dictación de la Ley 21.121 ha sido sin duda la modificación sustantiva en materia penal más importante en los últimos años contra la corrup-

⁷¹ Específicamente en la propuesta 12, consistente en «perfeccionar y ampliar las obligaciones en materia de declaración de intereses y patrimonio (DIP)».



ción, lo que ha sido reconocido internacionalmente (CIDH, 2019: 32; OCDE, 2018: 66).

Su origen se remonta a tres proyectos de ley distintos que abordan las mismas materias. Por una parte, el Boletín 10.155-07 correspondía a un Mensaje presentado en junio de 2015, y que introducía el delito de corrupción entre particulares. Por otra parte, una moción de la Cámara de Diputados de marzo de 2015 tenía por objeto aumentar las penas de los delitos de cohecho, negociación incompatible y tráfico de influencias (Boletín 9.956-07). Ambos proyectos habían llegado a segundo trámite constitucional en el Senado. Sin embargo, se decidió en agosto de 2017 que el contenido de ambos proyectos continuara con la tramitación de una moción presentada en el Senado en junio de 2016, y que aumentaba las penas del cohecho y soborno, tipificaba los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal, y modificaba la Ley 20.393.⁷² Este proyecto se encontraba en esa fecha en segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados, y así entonces continuó su tramitación, en tercer trámite en el Senado y finalmente durante todo 2018 en Comisión Mixta, hasta ser finalmente publicada la Ley 21.121 en noviembre de ese año, semanas antes de la evaluación de Chile ante el Grupo de Trabajo sobre Corrupción (WBG, por sus siglas en inglés), por cuanto la publicación de esta ley era trascendental para la evaluación de Chile ante la OCDE. En efecto, de la anterior evaluación de la Organización en relación con el cumplimiento de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, se contaba con las siguientes recomendaciones:

- Recomendación 3.a.i): Eliminar la reducción de pena cuando el soborno es solicitado por un funcionario público extranjero. Esta recomendación se basa en que antes de la Ley 21.121 subsistía una distinción penológica entre quienes ofrecen, prometen o dan un beneficio, de aquellos que consienten en darlo, recomendando entonces el WBR sancionarlo en todas estas conductas con igual pena.
- Recomendación 3.b: Modificar el Código Penal para asegurar equivalencia de penas para el cohecho nacional y el extranjero. La recomendación se basaba en que en algunas figuras de cohecho a funcionario público nacional (figura de cohecho agravado del

72 Moción de los senadores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín.

artículo 248 bis del Código Penal, por ejemplo) tenían mayores penas.

- Recomendación 3.c: Asegurar que las sanciones para personas naturales sean efectivas, proporcionales y disuasivas. Esta recomendación se fundamentaba en que se estimaban leves las penas de multa y de inhabilitación. En cuanto a la pena privativa de libertad, se cuestionaba la posibilidad de aplicar penas sustitutivas y la institución conocida como media prescripción.
- Recomendación 3.d: Aumento del monto máximo de la multa contra personas jurídicas. Esto, por cuanto se consideraba bajo el monto aplicable hasta antes de la Ley 21.121, que era de 20.000 unidades tributaria mensuales.
- Recomendación 3.e: Modificar la legislación para poder confiscar por valor equivalente. Con esto, se recomendaba que en el caso de Chile se incluyera la pena de comiso por equivalencia tanto para personas naturales como jurídicas.

A continuación, analizaremos los principales cambios introducidos por la Ley 21.121, sin perjuicio de revisar más en detalle su contenido a propósito del estudio de los tipos penales en particular. Para ello, podemos sistematizar las reformas en cinco tópicos:

- Aumentos de penas de diversos delitos funcionarios y modificaciones de algunos de estos tipos penales.
- Incorporación de nuevas penas y reglas especiales para estos ilícitos.
- Establecimiento de nuevos delitos: cohecho en razón del cargo, corrupción entre particulares y administración desleal.
- Ampliación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las penas aplicables.
- Incorporación de nuevas figuras dentro de las hipótesis de lavado de activos.

Aumentos de penas a figuras de malversación, fraude y cohecho

La ley aumentó considerablemente las sanciones aplicables a diversos delitos cometidos por funcionarios públicos, entre ellos, la malversación de caudales públicos, el fraude al fisco, la negociación incompati-



ble, la exacción ilegal, el cohecho nacional y el transnacional. Particular relevancia tiene el aumento de las penas de los delitos de cohecho y soborno, en los cuales los mínimos de pena privativa de libertad superaron los máximos de pena que se encontraban vigentes. Con esto, las figuras delictivas más graves alcanzaron penas por sobre los cinco años de privación de libertad, pasando a adquirir la categoría de crímenes, específicamente las siguientes:

- Exacción ilegal (artículo 241).
- Primera figura agravada de cohecho (artículo 248 bis).
- Segunda figura agravada de cohecho (artículo 249).
- Soborno dado u ofrecido por particular para que un funcionario público realice una conducta indebida (artículo 250, inciso cuarto).
- Soborno dado u ofrecido por particular para que un funcionario público cometa un delito (artículo 250, inciso final).
- Cohecho a funcionario público extranjero (artículo 251 bis).

Esta nueva categorización produjo entonces los siguientes efectos:

- Posibilidad real de aplicación de penas privativas de libertad efectivas, considerando el régimen de sustitución de penas de la Ley 18.216.
- Aumento de los plazos de prescripción, tanto de la acción penal como de la pena misma, que pasó de cinco a diez años.
- Permitted la utilización de técnicas especiales de investigación, como las interceptaciones telefónicas.

Nuevo delito de cohecho en razón del cargo

Se trató de una figura nueva, latamente discutida durante la tramitación final del proyecto en la Comisión Mixta, y que sanciona al empleado público que en razón de su cargo solicitare o aceptare un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho, para sí o para un tercero, con lo que entonces dejó de exigirse como elemento del tipo penal la finalidad por o para lo cual hubiese existido el beneficio. Así, se prescinde de la vinculación entre el beneficio y la realización de un acto propio del cargo.

Se trata de un tipo que ha sido promovido en los últimos proyectos y anteproyectos de nuevo Código Penal, y ha sido paulatinamente incorporado en el derecho comparado.



Modificación del cohecho a funcionario público extranjero

Además de aumentar y equiparar las penas de todas las conductas típicas contempladas en las figuras de cohecho, la ley modificó el cohecho a funcionario público extranjero.

Primero, se incorporó como elemento de tipo penal el que el beneficio tenga como finalidad el que el funcionario público «omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado, un acto propio de su cargo o con infracción a los deberes de su cargo». Esta nueva tipificación implicó incluir, dentro de las formas de comisión, casos en que el soborno ha sido dado u ofrecido para que un funcionario o una funcionaria realice un acto propio de su cargo, reemplazando la redacción que vinculaba la contraprestación con algo indebido («para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos»), de modo de igualar la tipificación existente en el cohecho a funcionario público nacional.

Segundo, se amplió el ámbito de aplicación del delito a «una actividad económica desempeñada en el extranjero». Esta redacción permitió incluir casos que típicamente la figura y la Convención buscan sancionar, como la obtención de permisos o autorizaciones, mediante la oferta, promesa, entrega o aceptación de beneficios, para la instalación de capitales nacionales en otro país, pero que podían quedar excluidos del tipo por referirse hasta entonces solo a «transacciones internacionales», que alude más bien a transacciones dentro del comercio internacional y no necesariamente en el extranjero.

Por último, como consecuencia de la incorporación de la figura de cohecho en razón del cargo (artículo 248) y su análogo en el soborno (artículo 250), se modificó esta figura sancionando también en el cohecho transnacional, el soborno «en razón del cargo del funcionario».

Nuevas normas comunes para delitos funcionarios

a) Nueva pena de inhabilitación prevista en el nuevo artículo 251 quater. Se aprobó una nueva pena accesoria, aplicable a los delitos de cohecho doméstico y transnacional, a partir de la cual se inhabilita al condenado para ejercer cargos en empresas que provean al Estado o que suministren bienes o servicios de utilidad pública.

Con esto se buscó profundizar el efecto disuasivo que pueda tener la pena en los delitos así llamados «de cuello y corbata». En efecto, la



evidencia indica que en estos delitos la sola amenaza de la pena privativa de libertad es insuficiente para disuadir, por lo que es más efectivo complementar con un régimen intenso de inhabilitaciones.

b) Calificante para altos cargos (nuevo artículo 251 quinquies). Durante la Comisión Mixta se aprobó incorporar una norma de determinación legal de la pena de cohecho, que cubriera los hechos más graves de corrupción, conocidos como los casos de «gran corrupción». En concreto, se agregó un nuevo artículo 251 quinquies al Código Penal, mediante el cual se excluye el grado mínimo de la pena, de manera tal que para las hipótesis más graves de cohecho se impondrá una pena privativa de libertad, que se extenderá desde los cinco años y un día a los diez años.

En una descripción que sin duda puede ser considerada excesivamente casuística, la norma consideró las siguientes hipótesis:

1. Cuando hayan sido cometidos por un empleado público que desempeñe un cargo de elección popular, de exclusiva confianza de estos, de alta dirección pública del primer nivel jerárquico o por un fiscal del Ministerio Público o por cualquiera que ejerza jurisdicción; por los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea, o por la máxima autoridad de Carabineros o la Policía de Investigaciones.
2. Cuando hayan sido cometidos por un empleado público con ocasión de su intervención en cualquiera de los siguientes procesos:
 - a. La designación de una persona en un cargo o función pública.
 - b. Un procedimiento de adquisición, contratación o concesión superior a las 1.000 UTM en que participe un órgano o empresa del Estado, o una empresa o asociación en que este tenga una participación mayoritaria; o en el cumplimiento o la ejecución de los contratos o concesiones que se suscriban o autoricen en el marco de dichos procedimientos.
 - c. El otorgamiento de permisos o autorizaciones para el desarrollo de actividades económicas por parte de personas naturales cuyos ingresos anuales superen las 2.400 UF; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales superen las 100.000 UF.
 - d. La fiscalización de actividades económicas desarrolladas por personas naturales cuyos ingresos anuales superen las 2.400 UF; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales superen las 100.000 UF.



c) Nueva norma de suspensión de la prescripción de la acción penal (nuevo artículo 260 bis). De trascendental importancia práctica, la Ley 21.121 incorporó una regla de suspensión de la prescripción aplicable a los delitos de malversaciones, fraudes, cohecho y soborno. Esta norma es necesaria, en la medida que viene a reforzar la persecución penal de los delitos de que trata el proyecto, evitando, además, que el ejercicio del cargo actual o de otro posterior con autoridad sea una forma de lograr la impunidad de la persona responsable.

De esta manera, la norma estableció que el plazo de prescripción de la acción penal empieza a correr desde que el empleado público cesó en su cargo o función, previniendo que, si dentro de los seis meses el empleado asumiere un nuevo cargo o función con facultades de dirección, supervigilancia o control respecto del anterior, el plazo se cuenta desde que cesa en esta última posición.

d) Agravante especial por cometer el delito formando parte de una agrupación u organización (nuevo artículo 260 ter). Se aprobó una agravante con efectos comunes, denominada «por organización», es decir, que considera la circunstancia de haber actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer malversaciones, fraudes, cohecho y soborno.

Se trata de una norma subsidiaria, en el sentido de que opera solo a condición de que la organización no haya constituido una asociación ilícita.

e) Cooperación eficaz para los delitos de malversación, fraudes, exacciones, cohecho y soborno (nuevo artículo 260 quater). Se estableció una herramienta que permitiese mejorar la persecución de estos delitos, pues, al tratarse de ilícitos complejos —como lo son los delitos de malversación, fraude, cohecho y soborno—, se consideró necesario un sistema de estímulos para que los sujetos involucrados cooperen con el persecutor penal.

En atención a lo anterior, se incluyó como circunstancia atenuante de responsabilidad penal de los delitos señalados la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados, permita la identificación de sus responsables, sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de estos delitos o facilite el comiso de los bienes, instrumentos, efectos o productos del delito. En estos casos, el Tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados. Además, se inclu-



yeron criterios que orientan al Tribunal sobre cuándo se configura la atenuante, estableciéndose que para ello la persona debe suministrar datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables que contribuyan necesariamente a los fines señalados.

En cualquier caso, esta norma es inaplicable en el caso de altas autoridades políticas.⁷³

Incorporación de nuevos delitos

a) Corrupción entre particulares (nuevos artículos 287 bis y 287 ter). La incorporación de este tipo penal vino a salvar un vacío legal con relación a los deberes de tipificación que impone la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. En efecto, en relación con este punto, se había señalado:

Algunos de los problemas identificados son la existencia de penas relativamente bajas para delitos contra la probidad, tanto en comparación con otros países como en lo que respecta a otros delitos en Chile. En el mismo sentido, se mantienen vacíos legales en la tipificación de algunos delitos reconocidos como tales en otros países y en la UNCAC, como por ejemplo el abuso de funciones, la corrupción entre privados y el tráfico de influencias de un particular.⁷⁴

De acuerdo con este delito, corrompe «quien infringe un deber que le corresponde conforme a su posición a cambio de la obtención de un beneficio de cualquier tipo al que no tiene derecho». Esta tipificación de la corrupción entre privados opta por un modelo que busca tutelar la competencia leal en los mercados.

b) Administración desleal (artículo 470, numeral 11). A nivel comparado, se trata de un tipo penal presente en la mayoría de las legislaciones modernas, erigiéndose como un pilar fundamental en la protección penal del patrimonio. Se trata de un delito que sanciona atentados

73 Aquellas que desempeñen un cargo de elección popular, de exclusiva confianza de estos, de alta dirección pública del primer nivel jerárquico o por un fiscal del Ministerio Público o por cualquiera que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerza jurisdicción, o los comandantes de las Fuerzas Armadas y los generales directores de Carabineros y la PDI.

74 Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, «Informe final», 24 de abril de 2015, p. 45, disponible en <https://bit.ly/446cDoT>.



«desde adentro», esto es, de quienes reciben el encargo de gestionar un patrimonio ajeno.

Junto con la apropiación indebida, esta es la figura básica de los delitos contra el orden socioeconómico. La administración desleal del patrimonio ajeno constituye la posición intermedia entre los delitos de estafa y apropiación indebida de un lado y, del otro, la responsabilidad civil extracontractual o la de los administradores de la sociedad anónima.

La necesidad de tipificar este delito se debe a que existen dificultades para castigar como apropiación indebida, hurto o estafa a casos como: i) el representante que en nombre de la sociedad celebra contratos con precios excesivos recibiendo una comisión o retribución por la operación; ii) el autopréstamo, es decir, la concesión de créditos por parte de la sociedad al administrador o a un directivo para la compra de las acciones de aquella, o a sociedades controladas por aquellos que solo benefician al prestatario; iii) el uso de fondos de la sociedad con la pretensión de devolverlos; y iv) supuestos de malversación del patrimonio social, superando el riesgo permitido y con violación del deber de fidelidad.

Este nuevo tipo penal vino entonces a cubrir vacíos legales, por lo que permite ahora sancionar al que, encargado de la gestión o salvaguardia de un patrimonio ajeno, mediante una extralimitación de sus funciones o realizando acciones u omisiones manifiestamente contrarias al interés del titular de dicho patrimonio, le irrogare perjuicio.

Esto también había sido constatado a nivel jurisprudencial. En efecto, en un conocido caso dictado por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en 2014,⁷⁵ se desechó la aplicación de la apropiación indebida del artículo 470 numeral 1 del Código Penal en un caso en el que, mediante un mandato general amplio con facultades de administración y disposición de bienes, el mandatario habría realizado actos en satisfacción de un interés patrimonial personal y no el de sus mandantes. Dentro de los hechos considerados acreditados por el Tribunal, se encontraba que el imputado, actuando en uso de los poderes conferidos por el referido mandato, nominalizó acciones de propiedad indirecta del mandante a nombre de una sociedad de su propiedad indirecta, las que luego dispuso se traspasaran de nuevo a una sociedad del mandan-

75 Sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 262-2013, 6 de mayo de 2014.



te, pagándose por la acción un sobreprecio no justificado en una variación del valor de la acción del activo subyacente. Pues bien, de acuerdo con el razonamiento del Tribunal, no existió una verdadera apropiación indebida por faltar el objeto material del delito, por cuanto la apropiación indebida debía recaer sobre cosas muebles determinadas, mientras que, en la especie, el objeto del mandato era el patrimonio, es decir, una universalidad jurídica y no una cosa mueble. Al respecto, profundizó la sentencia en que, «en el caso en estudio, si bien existía la obligación de restituir o de entregar se requería que estuviera determinado el objeto a devolver, pues si bien se trataba de un patrimonio, universalidad jurídica, bien pudo ser que este estuviese determinado desde el inicio del ejercicio del mandato, cuestión que no ocurrió en la especie». Pero, además, y en lo que interesa para este trabajo, el fallo estableció que «hoy en día en Chile, no existe un delito de administración desleal ante los posibles actos de abuso de un administrador en la gestión de una totalidad de bienes entregados a su administración sobre la base de un mandato amplio y general». La sentencia fue confirmada luego por la Corte de Apelaciones de Santiago, que señaló: i) «Según los hechos acreditados, el mandatario con facultades de administración, de autocontratar y de disponer, no puede llevar consecuencias penales, no puede importar apropiación indebida»; ii) «la inexistencia de lo entregado» no permite tampoco la configuración del ilícito pretendido; y iii) que posiblemente exista una responsabilidad civil que debe dilucidarse en la sede correspondiente.⁷⁶

Ahora bien, junto con incorporar esta figura, la Ley 21.121 reguló dos hipótesis agravadas de esta. La primera, cuando la administración desleal se refiere al patrimonio de ciertas personas respecto de las cuales los deberes de protección son mayores, a saber: guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad. La segunda se refiere a la administración desleal del patrimonio de sociedades anónimas abiertas o especiales, y cuyo fundamento es proteger un patrimonio que en general puede estar compuesto por intereses muchas veces no representados en el órgano de administración (socios minoritarios), sobre todo pensando en aquellas sociedades

76 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1420-2014, 21 de julio de 2014. Un análisis en detalle de la incorporación de esta figura se encuentra en Bofill, Jelvez y Contreras (2019).

que cuentan con cotizaciones obligatorias (como las Administradoras de Fondos de Pensión).

A pesar de ser de reciente incorporación, es posible encontrar ya una condena por este delito, respecto de un administrador de una sociedad por acciones que, incumpliendo sus deberes de fidelidad, priorizó la compraventa de un bien raíz para una sociedad respecto de la cual él era el único dueño:

La administración desleal en la hipótesis de infidelidad es un delito instantáneo en su ejecución, la acción u omisión que satisface el tipo penal es única y su realización produce la consumación del delito, en este caso la conducta que configura el delito tiene una doble faceta, porque constituye a la vez una acción y una omisión, se trata de la suscripción o firma del contrato de compraventa del inmueble ubicado en O'Higgins 323 de la comuna de Pucón; es una acción en cuanto el acusado celebra un contrato por el cual compra y adquiere para una sociedad en la cual él es su único dueño, es decir, para sí mismo, la propiedad que ya habían ofertado antes para el negocio que habían planeado o ideado con su socio y hermano, para la sociedad El Lago Inmobiliaria y Comercial SpA; constituye a la vez una omisión en cuanto el acusado omite comprar y adquirir la propiedad para la sociedad El Lago Inmobiliaria y Comercial SpA.⁷⁷

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, RIT 1-2022, 29 de mayo de 2022. La sentencia, recurrida de nulidad, sufrió una modificación como sentencia de reemplazo, ya que erróneamente el Tribunal consideró como agravante el tratarse de una sociedad anónima especial, en circunstancias que se trataba de una sociedad por acciones. El Tribunal lo había considerado así al señalar: «Las sociedades por acciones son por concepto y según lo dispone el artículo 424 del Código de Comercio un tipo de sociedad en que la participación en el capital se representa en acciones, corresponde a un tipo especial de sociedad anónima cerrada, en lo no previsto por sus estatutos y las disposiciones del Código de Comercio se aplican las disposiciones de la Ley 18.046 sobre sociedades anónimas, razón por la cual debe aplicarse la norma de agravación de la pena». Así, al acoger la nulidad, la Corte de Apelaciones de Temuco señaló: «La sociedad por acciones establecida en el artículo 424 del Código de Comercio, si bien tiene un capital que se expresa en acciones, ella está definida en el cuerpo normativo ya señalado, Código de Comercio, aplicándose solo de forma supletoria lo establecido para las sociedades anónimas cerradas, siendo estas aquellas que no son ni sociedades anónimas abiertas o especiales, lo que en caso alguno puede ser antecedente suficiente para entender que ella sea una sociedad anónima cerrada y menos de aquellas a las cuales se les aplica la agravatoria. Luego podemos concluir que una sociedad por acciones no es una sociedad anónima abierta, ni especial y contrario a lo que dice el sentenciador tampoco es

Modificaciones a la Ley 20.393, sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

a) Nuevos delitos por los cuales pueden ser penalmente responsables las personas jurídicas. El proyecto incorporó nuevos delitos por los cuales se puede perseguir y sancionar a las personas jurídicas. En este sentido, se incluyeron los delitos de apropiación indebida, negociación incompatible y los nuevos delitos de corrupción entre particulares y administración desleal. Estos se sumaron a los que a ese entonces ya están contemplados en la ley, que correspondían a lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho, cohecho a funcionario público extranjero y receptación.

Como vimos antes, luego de esta ley nuevas regulaciones incluyeron nuevos delitos en la Ley 20.393.

b) Aumentos de las sanciones a las personas jurídicas. Con el proyecto se amplió la posibilidad de aplicar la disolución a todos los simples delitos, esto es, soborno, cohecho a funcionario público extranjero, negociación incompatible, corrupción entre particulares, administración desleal, apropiación indebida y financiamiento al terrorismo, siempre que exista reincidencia específica. Antes solo era posible en casos de reincidencia del delito de receptación.

Asimismo, con la nueva legislación se aumentaron considerablemente las penas de multas aplicables a las personas jurídicas. Antes de la modificación, estas penas iban desde las 200 UTM hasta las 20.000 UTM, en tanto que con la reforma se llegó a tramos desde las 400 UTM hasta las 300.000 UTM.

c) Nuevas penas accesorias para las personas jurídicas. El proyecto agregó dos nuevas penas accesorias para las personas jurídicas penalmente responsables:

- **Comiso por equivalencia:** Permite que, cuando por cualquier circunstancia no sea posible decomisar el producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos, instrumentos, dineros o valores del mismo, se pueda aplicar el comiso a una suma de dinero equivalente a su valor.

una sociedad anónima cerrada, lo que inmediatamente significa que no resulta aplicable la agravatoria, motivo suficiente para acoger el recurso presentado, ya que en rigor la sentencia aplica una pena mayor que la ley establece». Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol 590-2022, 17 de agosto de 2022.



- Comiso de las ganancias que se derivan del ilícito: Permite decomisar, además, y en todos los casos, los activos patrimoniales cuyo valor correspondiere a la cuantía de las ganancias obtenidas a través de la perpetración del delito.

La opinión del WBG de la OCDE sobre las reformas de la Ley 21.212

El Grupo de Trabajo (WBG, por sus siglas en inglés) de la OCDE adoptó el Informe de Chile el 13 de diciembre de 2018, para luego emitir un comunicado el 20 de diciembre, en el cual se establece que Chile finalizó la Fase 4 de la Convención para Combatir el Cohecho Internacional. Fruto de dicha evaluación, felicitan los esfuerzos que ha hecho el país, como la obtención de la primera condena en materia de cohecho internacional, la promulgación de la Ley 21.121, el aumento de capacidades de la Fiscalía y las policías, el modelo de reporte de operaciones sospechosas y las capacitaciones a quienes desempeñan la función pública y se encuentran destinados al extranjero. En particular, respecto de la Ley 21.121, algunas modificaciones permitieron acoger varias de las recomendaciones de la OCDE.

Primero, la eliminación de la distinción de penas entre quienes ofrecen, prometen o dan soborno a funcionarios públicos extranjeros, de aquellos que consienten en darlo, sancionando todas estas conductas con igual pena.

Segundo, la modificación del Código Penal, al establecer la equivalencia de penas para cohecho doméstico como para el transnacional.

Tercero, el reforzamiento de sanciones proporcionales y disuasivas para las personas naturales responsables de cohecho a funcionario público extranjero. En este sentido, se elevaron las penas privativas de libertad, de multa e inhabilidades correspondientes a este delito. Además, se estableció claramente la aplicación de la pena de comiso a los bienes recibidos por el empleado público. También, como vimos, se incorporó un nuevo artículo 251 quater, aplicable a este delito y que establece una pena accesoria de inhabilitación absoluta, temporal o perpetua, para ejercer cargos en empresas que contraten con órganos del Estado o con empresas en que este tenga una participación mayoritaria; o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública.



Cuarto, el incremento del monto máximo de las multas con que se puede sancionar a las personas jurídicas.

Quinto, el establecimiento de penas accesorias de comiso por equivalencia y de comiso de las ganancias obtenidas del ilícito, aplicables a las personas jurídicas responsables penalmente.

Finalmente, la incorporación de la regla de suspensión de la prescripción aplicable al delito de cohecho a funcionario público extranjero y a otros delitos funcionarios (nuevo artículo 260 bis). Esta regla se relaciona directamente con recomendación de la OCDE de no aplicar el artículo 103 del CP, que regula la denominada media prescripción, en los casos de cohecho transnacional.

Con todo, y tal como se señaló en la sección «Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales», luego de esta evaluación, subsisten varias recomendaciones sobre nuestra normativa, frente a las cuales Chile debe dar cuenta durante 2023. Entre ellas, la eliminación de la defensa del modelo de prevención del delito cuando el soborno es cometido por un individuo que tenga la máxima autoridad directiva de una persona jurídica, la aplicación de penas sustitutivas y la denominada «media prescripción», y mayores criterios para determinar la independencia de los encargados de prevención de delitos por sobre el tamaño de los ingresos de la empresa (OCDE, 2018).

Ley XXX, que Establece un Estatuto de Protección en Favor del Denunciante por Actos de Corrupción

Como vimos en la sección referida al impacto del sistema de justicia en la corrupción, uno de los déficits que presentaba nuestro sistema de justicia era no contar con normas robustas que protegieran a los denunciantes de casos de corrupción de manera transversal, pues encontrábamos a nivel administrativo solo protección a través del Estatuto Administrativo y del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, excluyendo en consecuencia a funcionarios que se encuentran sujetos a otros regímenes estatutarios, contratados a honorarios o bajo el régimen contractual normado por el Código del Trabajo. Por lo demás, a nivel procesal, también resultaban insuficientes las normas del Código Procesal Penal sobre protección de testigos, al no considerar específicamente la situación del denunciante.



Es por lo anterior que la nueva Ley XXX, publicada el XXXXX, que crea un Estatuto de Protección al Denunciante, viene a subsanar dicho defecto, mediante una comprensión amplia de la situación a la que se expone un denunciante frente a prácticas corruptas, y reforzando las facultades del Ministerio Público y Contraloría General de la República sobre la materia.

Para ello, la ley, a través de las reformas que explicaremos más en detalle, cumple tres objetivos:

- Facilitar la presentación de denuncias a través de un canal de denuncias centralizado y electrónico, administrado por la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la existencia de otros canales de denuncia internos y externos de la Administración, y de las competencias específicas de los órganos especializados. Con ello, la nueva plataforma no reemplaza otros sistemas de denuncia, sino que constituye una vía alternativa que otorga protección y garantías al denunciante.
- Disponer de mayores incentivos para denunciar hechos constitutivos de infracciones disciplinarias o de faltas administrativas, incluyendo en los que tuviere participación personal de la Administración del Estado o un organismo de la Administración de Estado.
- Robustecer el sistema de medidas de protección dispuesto a favor del denunciante, previniendo posibles actos de represalia u hostigamiento en su contra, tanto en sede administrativa como penal.

A continuación, se detalla el contenido de la Ley.

Creación de un canal de denuncias electrónico

La iniciativa regula la formulación de denuncias a través de una plataforma electrónica, a cargo de la Contraloría General de la República, disponible no solo para el personal de la Administración del Estado, sino también para toda la ciudadanía, a través del cual se pueda alertar sobre la eventual comisión de hechos de corrupción, o que afectaren bienes o recursos públicos, o de cualquier irregularidad en que tuviere participación un servidor público o un organismo de la Administración del Estado.



Aplicación del canal de denuncias a la «Administración invisible» del Estado

La ley considera la aplicación del canal de denuncias ante la Contraloría, respecto de aquellos hechos constitutivos de infracciones administrativas en los que tuvieren participación distintas corporaciones de derecho privado constituidas para el ejercicio de funciones administrativas (corporaciones municipales y corporaciones o fundaciones de desarrollo regional), o su personal, o empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, o su personal.

A raíz de lo anterior, los trabajadores de estas entidades podrán recurrir a las herramientas de protección que prevé el Código del Trabajo, en especial, a la tutela laboral. En este contexto, se modifica también el artículo 485 del Código del Trabajo para referir expresamente al procedimiento de tutela laboral en caso de existir represalias como consecuencia de la presentación de una denuncia.

Reserva

Habida cuenta de que la reserva de la identidad del denunciante constituye una medida esencial para protegerlo de eventuales actos de represalias u hostigamientos que se ejecuten en su contra como consecuencia de la denuncia, la ley le otorga el derecho al denunciante de que, al momento de presentar la denuncia a través del canal, pueda solicitar que su identidad permanezca reservada.

A fin de reforzar este mecanismo de protección, en aquellos casos en que la Contraloría deba efectuar denuncias, ya sea en sede penal o ante otros órganos de fiscalización o control, deberá mantener la reserva de la identidad de la persona que efectuó la denuncia ante el órgano contralor, si esta hubiere sido solicitada.

Aplicación de las facultades de la Contraloría General de la República

La ley se remite a todas las facultades ya otorgadas al organismo contralor por su ley orgánica. Con el mérito de la denuncia, la Contraloría podrá ejercer, en los casos que corresponda, las facultades establecidas



en el título 8 de su ley orgánica,⁷⁸ pudiendo ordenar la instrucción de sumarios administrativos.

Además, si del estudio de la denuncia apareciere que los hechos revistieren caracteres de delito, la Contraloría deberá, a través de vías expeditas, denunciar dichos hechos ante las autoridades competentes en sede penal, y si tuvieren el carácter de infracciones que pudieren generar responsabilidades administrativas de competencia de otra autoridad de fiscalización o control, la Contraloría deberá denunciar dichos hechos a los órganos respectivos.

Alegación correctiva de represalias por causa de denuncia

El denunciante que integre el personal de la Administración del Estado, y que a consecuencia de haber formulado una denuncia a través del canal hubiere sufrido represalias por una actuación o acto administrativo que afectare su indemnidad o estabilidad laboral, tendrá derecho a concurrir ante la Contraloría, a objeto de que esta califique si estos han tenido el carácter de represalia y determine, en consecuencia, la existencia de vicios de legalidad que afecten la actuación o decisión del servicio u órgano, a efectos de ordenar su invalidación y, en su caso, la instrucción de los procedimientos disciplinarios respectivos.

De igual modo, la ley contempla la posibilidad de que esta reclamación sea interpuesta por quienes, en razón de la presentación de una denuncia, vean afectadas sus posibilidades de ingreso, promoción o continuación laboral en el organismo público en el que se desempeñaban al momento de denunciar, o en otro. A su vez, podrán interponer este mecanismo de protección los familiares del denunciante que se hubieren visto afectados por estas represalias.

Derechos de los artículos 90 A y 90 B del Estatuto Administrativo y de los artículos 88 A y 88 B del Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales

A fin de conciliar el nuevo sistema de denuncias ante un órgano de control externo, con los mecanismos de reclamación y protección que rigen en la actualidad a favor de los funcionarios públicos y municipales, no

⁷⁸ Decreto 2.421 de 1964, que Fija el Texto Refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, Ley 10.336.

solo se mantienen las actuales normas de protección de los artículos 90 A y 90 B del Estatuto Administrativo y de los artículos 88 A y 88 B del Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales, en favor de los funcionarios públicos o municipales que denuncien en sus respectivos servicios; sino que, además, estos mecanismos de protección son reforzados mediante la inclusión de nuevas medidas de protección preventivas a favor del funcionario denunciante, sin perjuicio de las medidas de protección que directamente establece la ley.

Sistematización de los deberes estatutarios de denuncia y descarga del deber

La ley incorpora una regla que sistematiza el tratamiento de los deberes estatutarios de denuncia a que se encuentran sujetos los funcionarios públicos, disponiendo que, con la denuncia a través del canal, se entenderá satisfecho el deber estatutario de denuncia penal y administrativa previsto en el Código Procesal Penal, en el Estatuto Administrativo y en el Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales. En adelante, a efectos de satisfacer el deber de denuncia legal, pasa a ser carga de un órgano técnico, como es la Contraloría, calificar si la irregularidad administrativa denunciada reviste, además, carácter de delito o tiene efectos administrativos no disciplinarios de competencia de otra autoridad; con la ventaja, además, de que la Contraloría, en ejercicio de sus facultades fiscalizadoras, puede recopilar más y mejores antecedentes, incrementando la calidad de la denuncia.

Por otro lado, se destaca que, atendido el uso del concepto «personal de la Administración del Estado» que contempla el proyecto, se hacen extensivos los deberes estatutarios de denuncia para todos quienes desempeñan la función pública, cualquiera sea la calidad jurídica en que lo hagan, es decir, sea que se desempeñen como servidores públicos de planta o a contrata, o en virtud de contrataciones a honorarios, o de contratos de trabajo, y cualquiera sea el estatuto de personal que les rija.

Sanción en caso de hostigamiento en contra del denunciante o testigo

La ley contempla la sanción, incluso de destitución, para aquellos funcionarios públicos que adopten acciones de hostigamiento en contra de cualquier persona que efectúe una denuncia, o en contra de quien declare como testigo en una investigación administrativa o judicial, o que



ejecute acciones de esta naturaleza en contra de los familiares de estos, calificándose dicha situación como una falta grave a la probidad.

Medidas de protección

Se trata sin duda de una de las principales innovaciones, que transversalmente se contemplan en sede judicial y en sede administrativa.

Así, tratándose de una denuncia en el sistema procesal penal, se concede al denunciante de un hecho que reviste carácter de delito la posibilidad de requerir la reserva de su identidad al tiempo de presentar la denuncia. Asimismo, podrá requerir del Ministerio Público la adopción de medidas de protección en su favor, cuando la entidad o la naturaleza de los hechos, o la calidad de la persona denunciada, indicaren que existe un riesgo plausible de ser él o su familia víctima de hostigamientos, amenazas u otros atentados con motivo de la denuncia.

Por otra parte, respecto de denuncias en el canal de denuncias de la Contraloría, todo el personal que integra la Administración del Estado, sea como funcionario de planta, a contrata, sujeto a las normas del Código del Trabajo, o en calidad de prestador de servicios a honorarios, y que presente una denuncia a través del canal, podrá solicitar de la Contraloría que disponga la adopción de una o más medidas de protección, con el objeto de prevenir ser objeto de actos de represalia que afecten su indemnidad o estabilidad laboral.

Estas medidas preventivas de protección se extenderán por todo el tiempo en que subsistan las circunstancias que motivaron su procedencia. Este nuevo régimen de protección dispuesto a favor del denunciante que sea servidor público de la Administración del Estado representa una mejora sustantiva en cuanto a superar las carencias del actual régimen de medidas de protección, previsto en la Ley 20.205.

Sin perjuicio de lo anterior, se mantienen vigentes todos los mecanismos de protección y vías de reclamación contenidas en estatutos o leyes especiales (por ejemplo, las contenidas en el Estatuto Administrativo y Estatuto Administrativo de los funcionarios municipales, en los casos en que estos resultan aplicables).

Nueva tipificación de delitos

Con la finalidad de evitar un mal uso del canal de denuncias, se modifica el Código Penal en lo referente al delito de denuncia calumniosa, am-



pliándose su alcance a denuncias referidas no solo a delitos, sino también a una infracción administrativa o infracción disciplinaria (artículo 211), definiéndose la infracción administrativa como aquellos «hechos por los que la administración o los tribunales que no ejercen jurisdicción en lo penal pueden imponer multas u otras sanciones privativas o restrictivas de derechos patrimoniales o civiles», en tanto la infracción disciplinaria comprende aquellos «hechos por los que se imponen sanciones por la contravención de las normas que regulan el correcto ejercicio de los cargos y funciones públicos (artículo 211 bis). Por lo demás, se regula la retracción como una atenuante muy calificada (artículo 211 ter).

Además, se complementa la regulación ya existente sobre violación de secreto, incorporándose un nuevo artículo 264 bis en el Código Penal, con el objeto de proteger de mejor manera la información que se maneje a propósito de este sistema de denuncias y los procedimientos que de estas se deriven. Así, se establece una pena aún más alta si la relevación indebida de la información se refiere a la identidad del denunciante.⁷⁹

79 En cuanto a la vigencia de la ley, habiéndose dictado el XXX, se establece un período de vacancia, supeditándose su entrada en vigor transcurridos treinta días contados desde la fecha de la publicación en el *Diario Oficial* de un reglamento del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y suscrito también por el ministro de Hacienda, que debe regular los aspectos técnicos, de operatividad y de cualquier otra especie necesarios para la adecuada implementación y funcionamiento del canal de denuncia administrado por la Contraloría. El plazo para dictar dicho reglamento es de seis meses a contar de la publicación de la ley. Con todo, las modificaciones en el Código Procesal Penal, referentes a medidas de protección en sede penal, entrarán en vigor transcurridos tres meses una vez publicado el reglamento. En relación a esto último, se otorga al fiscal nacional del Ministerio Público un plazo de tres meses desde la publicación de la ley para dictar instrucciones generales, protocolos y mecanismos necesarios, a efectos de asegurar el adecuado secreto y reserva del denunciante y la aplicación de las medidas de protección que establece la ley.

Capítulo 4

La función pública como bien jurídico protegido en los delitos de corrupción

La importancia de un bien jurídico protegido en los delitos de corrupción

En nuestro país no existe propiamente tal una sistematización a nivel normativo de los delitos de corrupción, lo que complejiza la labor de llegar a determinar un único bien jurídico. Si tenemos presente que por *corrupción* entendemos «un abuso de una posición decisional que tiene por finalidad la obtención de un beneficio ilícito»,¹ podemos relacionar entre sí a varias agrupaciones de figuras delictivas.

Dentro del Código Penal, desde luego en el Libro Segundo encontramos delitos agrupados bajo el denominador común de ser cometidos por quienes tienen la calidad de empleado público atentando contra intereses patrimoniales de la Administración pública, mediante la malversación y el fraude al fisco (párrafos 5 y 6 del título 5), o bien, teniendo la misma calidad el sujeto activo, atentan contra intereses funcionales de la Administración pública (párrafos 2, 3, 7, 8, 9 y 9 bis del título 5 del libro 2).² Pero también en otros títulos del Libro Segundo se contemplan infracciones de quienes desempeñan la función pública, como aquellos que afectan derechos garantidos por la Constitución (párrafo 4 del título 3), cuando se atenta contra la seguridad exterior del Estado o su soberanía (artículo 119, contenido en el título 2) o incluso por la celebración de matrimonios ilegales (artículo 388, contenido en el párrafo 10 del título 7).

Pero no solo la afectación de un interés funcional o patrimonial de la Administración pública puede ser una manifestación de corrupción,

¹ Véase la sección «Concepto de corrupción».

² Habida cuenta que en el propio párrafo 5 las figuras de malversación se hacen extensibles «al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia» (artículo 238 del Código Penal).

pues el concepto que hemos planteado nos lleva a considerar aquellas afectaciones incluso más allá de la Administración pública, como las infracciones que pueden lesionar la función jurisdiccional, entre las cuales es paradigmática la prevaricación contenida en el mismo título 5 (párrafo 4), aunque también la función jurisdiccional se protege en el título 4 del mismo libro Segundo, con delitos como el falso testimonio y el perjurio (párrafo 4), y también en el título 4, en la obstrucción a la investigación (párrafo 2 bis), figuras estas tres últimas que admiten ser cometidas por particulares.

Fuera del Código Penal encontramos más figuras, como en la legislación electoral, cuyos delitos no requieren obviamente a un empleado público como sujeto activo. Es más, reciente legislación ha salvaguardado el hecho de que, aun tratándose de particulares, se deja expresamente establecido que su labor constituye una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal, como el caso de los certificadores de los modelos de prevención de delitos (artículo 4, literal c, Ley 20.393).³

Cabe señalar que ninguna de las modificaciones legales de los últimos años ha impactado en esta verdadera dispersión típica contra la corrupción, pues si bien se han incorporado nuevas figuras como el tráfico de influencias y el uso de información privilegiada (Ley 19.645 de 1999), o el enriquecimiento ilícito (Ley 20.088 de 2006), y se han modificado sustancialmente tipos existentes, como los relativos al cohecho (Ley 21.121 de 2018), no ha habido reformas, siquiera intentadas, con una pretensión sistematizadora, salvo durante la tramitación de la Ley 19.645 de 1999, en que se propuso reemplazar el nombre del título 5, «De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos» por el de «De los delitos contra la función pública», que en algo hubiese contribuido a una adecuada sistematización, pero que no obstante no prosperó (Vera, 2004: 29 y 30).

Seguimos teniendo entonces una verdadera constelación de figuras delictivas, con sujetos comunes y sujetos calificados, con delitos especiales propios e impropios, que afectan intereses patrimoniales o funcionales, y que pueden llegar a lesionar la Administración pública o la función jurisdiccional. Lo relevante, para llegar a conceptualizar un

3 Sin perjuicio de que, en virtud de las modificaciones de la Ley de Delitos Económicos a la Ley 20.393, se elimina la certificación del Modelo de Prevención de Delitos.

bien jurídico común de los delitos de corrupción, es que no siempre de manera abstracta pueden vincularse *a priori* a la corrupción, pues, dependiendo del caso puntual, solo en alguno de ellos puede relacionarse con un abuso de poder decisional como contraprestación de algún tipo de beneficio, lo que tampoco se relaciona única y necesariamente con el sujeto activo de la figura delictiva que se trate. Por ejemplo, la actuación de un particular que intenta afectar el ejercicio de una función pública, aun consiguiéndolo, puede no constituir necesariamente una práctica corrupta, pues no se ha abusado, ni intentado abusar, de esa posición decisoria: tal sería el caso de un testigo que, de manera consciente, presta un testimonio absolutamente falso y con ello consigue una resolución en sede civil a favor de un amigo. Pero en otro caso, otra actuación de un particular que intenta afectar una función pública, y en este caso incluso sin conseguirlo, sí constituye a todas luces un acto corrupto: ese caso sería el del particular que, sorprendido ante una infracción de tránsito por la policía, intenta sin éxito ofrecer una suma de dinero a cambio de proseguir su camino sin que se le curse una infracción para comparecer ante un Juzgado de Policía Local.

Lo anterior impide que sea una labor sencilla el configurar una lista rígida y abstracta de tipos penales constitutivos de corrupción, pues si bien algunos son paradigmáticos, como el cohecho, otros en cambio dependerán de diversos factores (lesividad, coautoría, concurrencia de empleados públicos o incluso motivación),⁴ sin que sea el componente patrimonial, por ejemplo, algo distintivo.⁵ De ahí entonces la importancia de buscar un interés transversal, coherente con nuestra definición de corrupción, que haga posible entender qué es lo en verdad protegido en los delitos que puedan estar vinculados a esta y que finalmente permiten fundamentar su criminalización.

4 Piénsese en quien, mientras desempeña sus funciones en un establecimiento penal, aplica torturas en contra de una persona privada de libertad, motivadas en una discriminación por la orientación sexual de la persona privada de libertad. Si no lo consideramos corrupto, ¿cambiaría en algo nuestra opinión si además intervino como incentivo previo la promesa de un pago de dinero por parte de otros funcionarios para aplicar esa tortura? Y si quien comete la tortura fuere un particular, con aquiescencia de un funcionario, ¿sería un acto corrupto la tortura del particular?

5 En contra Ramírez (2021: 14), quien en una reciente obra referida precisamente a la corrupción solo trata los delitos de los párrafos 5, 6, 9 y 9 bis del Código Penal, esto es, malversación, fraude al fisco y cohecho, habida cuenta de que consisten en «delitos relacionados con aspectos patrimoniales de la función pública».

La Administración pública como posible bien jurídico tutelado

La ofensividad en sentido amplio de todas estas figuras, esto es, como delitos de lesión o peligro, recae, según lo visto, sobre la función dentro de la Administración pública, pero también sobre la función jurisdiccional. De ahí que resulte inexacto, y también insuficiente, configurar estos delitos como aquellos que protegen la Administración pública.

Entendemos que esto puede resultar inexacto, puesto que tiende a relevar un componente más bien interno, centrado en la relación de quien desempeña una función con la propia Administración, aunque frente a ello se han intentado concepciones más funcionales que orgánicas, las cuales sin embargo no logran prescindir de este vínculo intrínseco. El problema entonces es que no puede erigirse como lo protegido penalmente aquel conjunto de deberes de fidelidad que tenga la persona que desempeña la función hacia la propia Administración, pues debemos ser cautelosos, en la búsqueda del bien jurídico protegido, de no renunciar al principio de lesividad como fundante de la legitimidad de la intervención penal y, en consecuencia, reconocer bienes jurídicos que sean efectivamente instrumentales a la realización personal de los individuales (Mir Puig, 1994: 159-165). Esto impide considerar meros deberes funcionariales como objetos de tutela penal, ya que si bien pueden tener influencia en criterios de imputación,⁶ no son suficientes para legitimarse como un fin en sí mismos, pues lo tutelado debe trascender esa relación funcionarial con la Administración, para llegar realmente a proteger la verdadera relevancia que para todas las personas tiene ese desempeño funcionarial.

Pero también hemos señalado que la utilización del concepto de Administración pública puede resultar insuficiente, toda vez que más allá de las distintas concepciones que puede llegar a tener, queda limitada al conjunto de organizaciones estatales que cumplen con la función precisamente administrativa del Estado, excluyendo entonces funciones legislativas, y en especial jurisdiccionales. Incluso desde el punto de vista del derecho administrativo, por Administración pública podríamos llegar a referirnos en exclusiva a la administración centralizada del Esta-

⁶ Como veremos más adelante a propósito de la concepción de los delitos de infracción de deber.



do, es decir, la que actúa bajo la misma personalidad jurídica, el fisco. Pero dado que no necesariamente debemos aplicar conceptos propios del derecho administrativo para la búsqueda de lo tutelado penalmente, podríamos dar una interpretación más amplia y entender la Administración pública como la Administración del Estado a fin de abarcar también la administración descentralizada; esto tendría en nuestro país, además, un correlato normativo, toda vez que la propia Ley 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, señala en su artículo 1 que la Administración del Estado está constituida por,

Los ministerios, las intendencias,⁷ las gobernaciones⁸ y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los gobiernos regionales, las municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

Pero ni siquiera bajo estas concepciones más funcionales y amplias de la Administración pública podemos agrupar la totalidad de los delitos que pueden sancionar actos de corrupción.⁹

Sin embargo, es innegable que desde este punto de partida —esto es, la Administración pública— se ha procurado enfatizar en nuestra doctrina su carácter funcional y amplio para proponerse como bien jurídico protegido. Sin embargo, parte de ello —y quizá en gran parte— obedece al hecho de que se suele analizar a la luz de los delitos contemplados solo al interior del título 5 del Libro Segundo de nuestro Código Penal, y solo respecto de los cometidos por un empleado público vinculado a la Administración pública, excluyendo la función jurisdiccional.

7 Hoy delegaciones presidenciales.

8 Hoy delegaciones provinciales.

9 Incluso se han esgrimido, si bien minoritariamente, intereses más insatisfactorios que la propia Administración pública, pero relacionada con ella. Por ejemplo, lo tutelado sería el prestigio de la Administración o la confianza pública en la Administración, o el mantenimiento de la autoridad estatal. Véase Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: 100 y 101), quienes acertadamente critican estas posturas sostenidas por Bacigalupo (1983: 386) y Villada (1999: 34). También en Chile se ha esgrimido que la confianza pública en los funcionarios públicos sería lo tutelado en delitos tales la infidelidad en custodia de documentos, la violación de secretos y el abuso contra particulares (Politoff, Matus y Ramírez, 2006).

Así, por ejemplo, la propuesta de Labatut (1977: 72), quien señala que lo protegido sería «la buena y ordenada marcha de los *servicios públicos*». También Etcheberry (2010: 204), pues si bien le otorga un carácter funcional y amplio a lo tutelado, lo mantiene vinculado al concepto de Administración pública, pues en ella entiende comprendida la actividad general del Estado, en sentido funcional. O también Cury Urzúa (1986: 297), quien refiriéndose en todo caso a los delitos funcionarios del título 5, señala que «constituyen atentados del empleado público en contra de la pureza y corrección de sus funciones y, en consecuencia, de la integridad de la Administración pública». La excepción vendría dada por Politoff, Matus y Ramírez (2006), quienes identifican en los delitos funcionariales como bien jurídico protegido la *probidad administrativa*, aunque la entienden como el recto funcionamiento de la Administración pública, y solo aplicable a los delitos de malversación, fraude al fisco, cohecho, negociación incompatible y uso de información privilegiada, pues otros protegerían la confianza pública en los funcionarios (infidelidad en custodia de documentos, violación de secretos y abusos contra particulares) o directamente el buen funcionamiento de la Administración (nombramientos ilegales, usurpación de atribuciones, aplicación pública diferente y negativa a un pago o entrega).

En la doctrina comparada, incluso se ha intentado dar un significado sumamente amplio al concepto de Administración pública, al señalar por ejemplo que «en la esfera del derecho penal, el concepto de Administración pública (administrativo o formal) es superado porque la protección se extiende tanto sobre las funciones administrativas propiamente dichas como sobre las otras funciones del Estado» (Donna, 2008: 26). Pero no parece ser satisfactorio intentar crear un nuevo concepto de Administración pública, el cual además que ni siquiera la propia legislación invoca expresamente en los tipos penales de corrupción. Por ello, insistimos, es necesario prescindir de la referencia a la Administración pública y buscar un concepto que por sí solo denote ese aspecto funcional y de mayor amplitud que trasciende a la generalidad de las prácticas corruptas sancionadas por el derecho penal.

La función pública como bien jurídico tutelado

El verdadero concepto, intrínsecamente funcional y a la vez amplio, que permite agrupar todas estas figuras, cualquiera sea el sujeto activo, el

ámbito público donde se desarrolle o la ubicación sistemática que tenga en nuestra legislación penal, lo constituye el de *función pública*. Decimos que es un concepto intrínsecamente funcional, por cuanto no se focaliza en lo orgánico ni en la relación existente entre quien desempeña la función y la Administración. Se centra en el desempeño de dicha función, ya que —y esto es lo relevante— es la forma de disponer que todo el aparataje público, sean bienes, personal, reglamentación y potestades, se encuentre al servicio de la persona humana, que es a su vez una de las principales manifestaciones del Estado social y democrático de derecho. Entonces, se considera la función pública en razón de la necesidad de satisfacer las aspiraciones de todo integrante del cuerpo social y, en consecuencia, la protección penal frente a la corrupción no se inspira en la idea de tutelar a la Administración como tal, sino que se la protege en tanto esta constituye un instrumento al servicio de los ciudadanos (Morales Prats y Rodríguez Puerta, 2001: 1846). Es por ello que la concepción de la función pública es indisoluble a su propio fin, por lo que es posible admitir su conceptualización como aquella «actividad que tiene como fin el interés colectivo o social, el bien y utilidad común, realizada por órganos estatales o paraestatales» (Suárez Sánchez, 2000: 18). Ese fin permite entender por qué dotamos de facultades y poderes de decisión a quienes ejercen la función pública; y si lo protegido es esa función cuyo fin es el interés social, toda desviación de ese fin en el ejercicio de dicha actividad afecta la función pública y, en consecuencia, es una manifestación de un hecho constitutivo de corrupción, pues precisamente, de acuerdo a como hemos entendido la corrupción, se ha abusado de esa posición privilegiando un interés ilegítimo por sobre el interés social. Sin embargo, como veremos en el apartado siguiente, no por ello toda desviación de ese fin, toda función pública impropriamente ejercida, merece ser protegida por la vía penal.

La relevancia del *carácter funcional* de esta actividad, por sobre adscripciones orgánicas, se recoge en la normativa tanto a nivel internacional como doméstico. A nivel internacional, la Convención Interamericana contra la Corrupción no solo reconoce la función pública, sino que la define, en su artículo primero, como «toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos». A nivel nacional, en nuestro propio Código Penal, como veremos más adelante, a propósito de la

definición de empleado público, para nuestra legislación, lo decisivo es quién *desempeña una función pública*, más que su propia vinculación a la Administración (artículo 260).

También hemos dicho al inicio que la función pública es una noción suficientemente amplia, pues su conceptualización, basada en la orientación a fines sociales, permite identificarla y protegerla en diversos ámbitos, desde luego en la propia Administración estatal, pero también en cualquier sistema de justicia en que se desarrolla la función jurisdiccional, y en cualquier organismo parlamentario, y cualquier otro ámbito por descentralizado o autónomo que sea, pues sin importar su naturaleza jurídica, y desde cualquier punto de vista constitucional y administrativo, se orientan a ese fin.¹⁰ Esa amplitud, además, se manifiesta en que permite incluir a cualquiera que desempeñe esa función, sin tener que asumir necesariamente como un requisito transversal que sea una persona que revista la calidad de funcionario público, sino que puede ser incluso un particular a quien se la ha dado cierto poder decisonal en función de interés común, sin perjuicio de que algunos delitos en específico se constituyan como delitos especiales al exigir tal calidad.

Ahora bien, es importante considerar que la función pública como interés jurídicamente protegido tiene no solo reconocimiento constitucional, sino también una concreción respecto de su contenido en la Carta Magna. En efecto, con la reforma constitucional de 2005 se consagró el principio de probidad, al disponerse en el artículo 8, inciso primero lo siguiente: «El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actua-

10 En ese sentido, correctamente se ha definido la función pública como el conjunto de aquellas manifestaciones de la actividad del Estado que consisten en «*legislar, juzgar y ejecutar*, y mediante las cuales aquel persigue la obtención de sus fines» (Olaizola Nogales, 1999: 80; el destacado es nuestro). En nuestro país, Rodríguez y Ossandón, al estudiar la totalidad de los delitos vinculados tanto a la administración pública como a la administración de justicia, titulan su obra *Delitos contra la función pública*, no obstante luego se define de una manera un poco más restringida: «En suma, al hablar de *función pública*, aludimos al correcto funcionamiento de la *Administración 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*» (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 104; el destacado es nuestro).

ciones». Nótese que dicho reconocimiento constitucional no se circunscribe a la Administración pública, sin perjuicio de que a nivel legislativo solo se desarrolla en ese ámbito específicamente en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley 18.575), al disponer su artículo 52, inciso segundo que «el principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular».

Esto es precisamente el núcleo de lo que hemos abordado al reflexionar sobre la corrupción, al destacar que en dicho fenómeno se sobrepone intereses particulares por sobre los generales. De ahí también que resulta destacable que la misma legislación, en su artículo 53, se encarga de explicitar las consecuencias de la preeminencia del interés general, al señalar que este último:

Exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.

Si bien, como hemos dicho, esta concreción del principio de probidad constitucionalmente reconocido se desarrolla en la legislación administrativa, no se observa inconveniente en hacerla extensiva a toda actividad que implique el desarrollo de la función pública, para dotar de contenido a esa consagración a nivel constitucional.

Consecuencias y prevenciones de la función pública como bien jurídico protegido

Sin duda que la función pública se trata de un interés general, cuya amplitud permite abarcar una diversidad de figuras delictivas, pero que todas ellas son una manifestación de lo que entendemos por corrupción. Pese a esta amplitud conceptual, o mejor dicho, debido a esta amplitud, es posible encontrar intereses más concretos protegidos especialmente en algunos delitos en particular, como lo pueden ser la *fe pública* en de-

litos de falsedad que comete un agente público, la *administración de justicia* al tratarse de la prevaricación o el falso testimonio, o bien el *patrimonio fiscal* en el caso de una malversación. Incluso, y lo mencionamos a propósito de la dispersión normativa, el propio legislador ubica estas figuras en otros títulos, pues entiende que pueden afectarse conjuntamente otros intereses. Tal es el caso de los atentados contra la seguridad exterior del Estado o su soberanía por parte de un empleado público (artículo 119, contenido en el título 2) o la celebración de un matrimonio ilegal que celebra un oficial civil (artículo 388, contenido en el párrafo 10 del título 7). Manifestación de lo anterior —es decir de intereses «sectoriales» protegidos en distintos grupos de figuras— es la tendencia en el derecho comparado de reemplazar la agrupación según el sujeto activo («delitos cometidos por los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos») por, por ejemplo, «delitos contra la Administración pública», como es el caso de Argentina y España. Incluso, en este último país, además de la agrupación anterior realizada con el Código Penal de 1995, sistematizó en dos títulos los «delitos contra la administración de justicia», que incluyen, por ejemplo, tanto la prevaricación cometida por un juez como el falso testimonio que presenta un particular.¹¹ Esta prescindencia del sujeto activo es una tendencia que debe impactar en la sistematización de las legislaciones penales, habida cuenta, entre otros factores, de la mayor asunción de funciones públicas por parte de privados (Queralt Jiménez, 1997: 417-419; citado en Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 96, 106).¹²

Una segunda consecuencia de tal amplitud es que la concreción del ejercicio de la función pública a nivel de tipicidad y antijuridicidad variará caso a caso, pudiendo centrarse ese examen en concreto ya sea sobre la legalidad de una decisión, una actuación conforme a un fin determinado, la observancia del principio de objetividad en el desempeño de la función, la obediencia jerárquica debida, la observancia de garan-

11 Aunque es evidente que ambas figuras, el falso testimonio y la prevaricación, atentan en concreto contra la administración de justicia, nuestro Código Penal los ubica en títulos distintos (título 4 y 5, respectivamente).

12 Vale la pena destacar la prevención que se hace, por ser demostrativa de la dificultad de la selección de criterios sistematizadores, que se mantengan igualmente contenidos en otro título del Código Penal español un grupo de delitos cometidos por funcionarios públicos, que corresponden a aquellos que afectan garantías constitucionales.

tías procedimentales, etcétera (Asúa Batarrita, 1997: 22). Esa concreción es particular, pero siempre reconduce al ejercicio de la función pública.

Ahora bien, al ser la función pública un bien jurídico supraindividual, se trata de un interés eminentemente de carácter instrumental, pues, como señalamos al descartar como objeto de protección la relación funcional con la Administración pública, la protección a nivel penal se justifica solo por su potencial trascendencia lesiva hacia los ciudadanos, en el sentido de que su ejercicio inapropiado o abusivo puede terminar afectando directamente los intereses individuales. Sin embargo, esta fundamentación basada en la potencial trascendencia lesiva hacia los intereses individuales de cada integrante de la comunidad no significa que en cada caso concreto deba llegar a acreditarse ese alcance. Bien se ha señalado que en los delitos que afectan bienes jurídicos supraindividuales la lesión o peligro del bien jurídico no puede entenderse como una destrucción efectiva, ni tampoco como un inminente peligro, de la pérdida de determinadas condiciones. Por ejemplo, una prevaricación judicial podría necesariamente atentar en un caso concreto contra la legalidad como principio, pero bien puede haberse mantenido incólume la administración de justicia como institución que no ha perdido su objetividad o imparcialidad (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 103). Se trata, en el fondo, de un verdadero adelantamiento de la tutela penal, pues si bien un acto aislado puede no significar afectación alguna de la función pública, la reiteración o frecuencia de esos actos sí puede llegar a pervertir de manera importante el funcionamiento de la institucionalidad pública (Asúa Batarrita, 1997: 22-24). Esto explica que, por ejemplo, se legitime la punibilidad de la conducta del particular que ofrece una suma de dinero a un funcionario público para evitar una fiscalización, aun cuando se haya rechazado de plano y denunciado inmediatamente por parte de dicho funcionario, por ser el más probo e íntegro de los funcionarios y, en consecuencia, careció del más mínimo riesgo el correcto desempeño de la función fiscalizadora.

Sin embargo, la consideración anterior no puede llevar a una intensiva y desmedida criminalización de toda práctica corrupta. Desde luego, porque por más repudiable que nos parezca la corrupción, ello no legitima dejar de lado principios limitadores del *ius puniendi*, como el de intervención mínima, el de fragmentariedad y el de lesividad. Pero también porque, como vimos a propósito de las estrategias para enfrentar

la corrupción,¹³ las reacciones más eficaces no se basan en la drasticidad de la respuesta, normalmente pretendida al recurrir al derecho penal, sino más bien en aquellas que puedan de manera oportuna e inmediata accionarse frente a un acto corrupto. Esta consideración ha tenido, afortunadamente, algún correlato en nuestra legislación, si consideramos por ejemplo que con la Ley 19.645 de 1999 se derogaron los delitos de anticipación y prolongación indebida de funciones públicas (artículos 216, 217, 218 y 219 del Código Penal), ya que se estimó que la legislación administrativa era suficiente para su prevención y sanción. Como se ha señalado, esto podría también plantearse respecto de otros delitos actualmente vigentes, como el de aplicación pública diferente (artículo 236 del Código Penal) y negociación incompatible (artículo 240 del Código Penal),¹⁴ considerando que en nuestro ordenamiento jurídico hemos logrado desarrollar mecanismos administrativos eficientes con miras a prevenir y sancionar conductas relacionadas con la corrupción, como lo son la regulación del lobby (Ley 20.730) y la Declaración de Intereses y Patrimonio (Ley 20.880).¹⁵

Se releva así la importancia del derecho administrativo sancionador, el cual, mediante procedimientos eficientes y expeditos, favorece la efectiva aplicabilidad de sanciones en el caso concreto, por sobre aparentes graves penalidades fijadas de manera abstracta en el derecho penal. Si bien ambos procedimientos sancionatorios son distintas manifestaciones del *ius puniendi* estatal y, en consecuencia, dotados de fundamentales garantías para el ciudadano frente a su ejercicio, su influencia e impacto difieren según uno u otro procedimiento, lo que ha también ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia.¹⁶

13 Sección «Estrategias contra la corrupción».

14 En este sentido, resulta interesante la opinión de Cury Urzúa (1986: 226), quien ya entonces sostenía, respecto de la aplicación pública diferente, que no se justificaba su criminalización, pues «dispone el ordenamiento de recursos menos lesivos y quizás más eficaces para reaccionar en contra de infracciones de este género». Asimismo, en cuanto a la figura de la negociación incompatible, señalaba que «lo que se castiga es la ejecución de una acción a la que se encuentra no ya reprochable, sino, tan solo, temible o, menos aún, sospechosa, porque crea una apariencia de falta de parcialidad y honestidad».

15 Una relación de la evolución del derecho administrativo sancionador de los últimos treinta años puede verse en Cordero Vega (2020).

16 Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado: «Los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República

Delitos contra la función pública como delitos de infracción de deber

La consideración de la función pública como bien jurídico protegido, o al menos como un elemento central de los delitos de corrupción, lleva por necesidad a vincularlos con los deberes que implica el desempeño de tal función. En efecto, correctamente se ha señalado que existiría una radical dificultad para delimitar lo que es el correcto ejercicio de la función pública sin atender a los deberes propios del funcionario que la desempeña (García Arán, 1990: 37), y ha llegado incluso a sostenerse que la afectación del bien jurídico siempre implica la infracción de esos deberes.¹⁷ Tal asociación es evidente, pero conlleva el riesgo de llegar a establecerse como bien jurídico protegido los propios deberes de la función pública, lo que prácticamente nos reconduciría a los mismos problemas que observamos cuando analizamos la posibilidad de que sea la Administración pública un bien jurídico protegido: se estaría convirtiendo en un fin en sí mismo la autoridad estatal, o en este caso, la relación del funcionario con la Administración, en circunstancias de que en un Estado democrático no se puede penalizar el simple incumplimiento de deberes, sino a condición de que dicho incumplimiento se corresponda con la necesaria afectación de derechos o, al menos, de

han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado». Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 244 de 1996, considerando noveno. En similar sentido: «Como ha tenido oportunidad de establecer esta magistratura, aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos». Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 479 de 2006, considerando octavo. Por su parte, la Corte Suprema se ha pronunciado en un sentido similar, pero en diversos fallos ha venido enfatizando particularmente los matices o diferencias entre ambos regímenes sancionatorios. Por ejemplo, refiriéndose a la exigencia de determinación de la conducta prohibida, declaró que: «La naturaleza de las contravenciones administrativas [...] hace imposible su síntesis descriptiva en un precepto general como lo es una ley». Sentencia de la Corte Suprema, rol 1.079-2014, 30 de octubre de 2014.

17 «Si se tiene en cuenta que la legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa o el correcto ejercicio de la potestad administrativa dependen de su ejercicio en forma adecuada a los deberes del funcionario, habrá que concluir que la infracción de tal bien jurídico se producirá cada vez que el funcionario infrinja uno de tales deberes» (Bacigalupo, 1983: 387).

legítimas expectativas de la ciudadanía. Así entonces, no hay duda de que la función pública otorga un conjunto de deberes. Sin embargo, el problema es si su incumplimiento puede llegar a equipararse como objeto de protección o como fundamento de su punibilidad, lo que trae importantes consecuencias a nivel de intervención delictiva en muchos delitos vinculados a corrupción, sobre todo tratándose de delitos especiales según determinada calidad exigida al sujeto activo.

Dadas tan importantes consecuencias, ha de tenerse presente la conceptualización y desarrollo de los denominados delitos de infracción de deber, cuyo planteamiento fue impulsado por la doctrina alemana (Roxin, Jakobs), y posteriormente seguido en Italia y España, aunque, como veremos, con tenue desarrollo en nuestro contexto y en particular en nuestra jurisprudencia.

Fue Roxin quien, ya en 1961, distinguió entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, diferenciados en la forma de determinar quién es el autor del hecho (Roxin, 1998). En los primeros, es autor precisamente quien domina el hecho, esto es, quien tiene la capacidad de iniciarlo, interrumpirlo o consumarlo, por lo que es relevante la descripción que ofrece el tipo penal. Sin embargo, existe una categoría, delitos *especiales*, en que el autor, para serlo, requiere una calidad especial exigida por el tipo, razón por la cual aun quien tenga dominio del hecho, si no posee esa calidad especial, será un *extraneus* y, en consecuencia, por el principio de legalidad, no podrá ser autor del hecho. El clásico ejemplo es, a propósito de la prevaricación judicial, quien coacciona a un juez para obtener una sentencia injusta. Es a raíz de esto que Roxin propuso distinguir, junto con los delitos de dominio, los delitos de infracción de deber, en los que el fundamento de la sanción no es la naturaleza externa del comportamiento, sino el incumplimiento de prestaciones ligadas a un determinado rol social. Así, en estas figuras solo puede ser autor quien lesiona un deber especial extrapenal que existe con anterioridad a la formulación típica.¹⁸

18 Pese a que la existencia de los delitos especiales dio origen a los delitos de infracción de deber, su correlación no es intrínseca. Excepcionalmente, un delito de infracción podría no ser un delito especial, como sucedería con la figura de omisión de socorro (artículo 494 numeral 14 del Código Penal), cuyo fundamento sería la obligación, común a todos los ciudadanos, de solidaridad. También podría darse el caso de delitos que, siendo de sujeto común, pasan a ser de infracción de deber si quien actúa es un obligado por deberes especiales, como lo sería el padre o la ma-

Pese a esta distinción, para Roxin el fundamento de la punibilidad seguiría siendo el mismo, la lesión del respectivo bien jurídico, independiente de si nos encontramos ante un delito de dominio o uno de infracción de deber. Sin embargo, la consecuencia de la distinción se proyectaría a nivel de la participación en uno u otro caso, pues en los delitos de infracción de deber solo puede cumplir con lo prescrito en el tipo penal la persona sobre la cual recae un deber especial y lo quebranta, es decir, el *intra-neus*, por lo que es irrelevante quién detenta el dominio del hecho.

Más tarde, en Alemania, Jakobs continúa profundizando el desarrollo de esta distinción y llega a consecuencias más amplias, pues concluye que en los delitos de infracción de deber su incumplimiento no solo es un criterio para determinar la autoría, como había señalado Roxin, sino que además es el fundamento mismo de la imputación penal. Para ello, Jakobs entiende que en estos delitos de infracción de deber, a diferencia de los de dominio —que él llama *de organización*—, lo relevante no es preservar bienes jurídicos frente a organizaciones defectuosas, sino garantizar la propia existencia del bien en general o contra determinados peligros, por lo que surge entonces una *relación positiva*, un conjunto de deberes positivos entre el autor y el bien jurídico protegido. La fuente de estos deberes positivos proviene de instituciones depositarias de expectativas de garantizar dichos bienes jurídicos, como lo serían la patria potestad en la relación de padres e hijos o, precisamente, la función pública respecto de quienes la desempeñan (Jakobs, 1997).¹⁹

Esta conceptualización de los delitos de infracción de deber ha continuado desarrollándose, con distintas variantes, por parte de la doctrina en Alemania, España e Italia, y en muchos casos tratando especialmente

dre respecto de sus hijos en un delito de homicidio bajo la figura de comisión por omisión. Al contrario, pueden encontrarse delitos especiales cuya determinación de su autoría, no obstante, se hace en referencia al dominio del hecho, como sucedería respecto de la apropiación indebida o los delitos concursales (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 117).

19 En general, Jakobs distingue como instituciones relevantes para el derecho penal la relación paterno-filial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial y, en el ámbito público, las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad y el velar por la sujeción a la ley de quienes están vinculados con la Administración pública y la administración de justicia como principio fundamental del Estado de derecho.

sobre delitos contra la función pública.²⁰ Sin embargo, también ha sido y continúa siendo objeto de diversas críticas que expondremos a continuación, junto con las respuestas que han dado sus partidarios, sin pretender constituir un análisis exhaustivo, pero uno que permita dar cuenta de los problemas más debatidos para su recepción, agrupados en cuatro grandes temas.

Un primer problema consiste en que no se trataría de una teoría general o sistema unitario sobre la autoría, sino de una concepción eminentemente utilitarista entregada a la resolución del caso concreto, lo que lleva a la existencia de dos conceptos diferentes de autor, uno relacionado con el dominio del hecho y otro con la infracción de un deber. Frente a ello, se sostiene que esta distinción no sería artificiosa, sino un reflejo de la propia realidad social, conformada antes de la elaboración de los tipos penales, pues en los delitos de dominio el autor quebranta un espacio que por imperativo del derecho debería haberse dejado intacto, mientras que en los delitos de infracción de deber el imperativo consiste en proteger la capacidad de funcionamiento de sectores de la vida conformados ya jurídicamente, anteriores al derecho penal, por lo que la distinción corresponde más bien a una decisión valorativa del legislador (Roxin, 1998).²¹

Un segundo problema —el más relevante a la luz del presente capítulo— consiste en que se estaría consagrando como bien jurídico el deber mismo, que en el caso de los delitos relacionados con la Administración pública o con la administración de justicia llevaría entonces a proteger como un fin en sí mismo la relación del infractor con el Estado y la autoridad estatal, lo que en el fondo sería prescindir del principio de lesividad o de necesaria afectación del bien jurídico como límite fundamental al ejercicio de la potestad punitiva. A esta crítica se ha opuesto la idea de que la finalidad de lo protegido no es la relación funcional con la Administración, sino el desempeño de la función pública, por la necesidad de satisfacer las aspiraciones de los integrantes de la sociedad, la que, en este ámbito en particular que estudiamos, se traduce en las legítimas expectativas de la ciudadanía en su relación con la Administra-

²⁰ Entre ellos cabe destacar, con especial referencia a delitos contra la administración de justicia, a García Arán (1990).

²¹ En el mismo sentido Jakobs (1997: 994), quien señala que solo es posible imputar responsabilidad por infracción de deber en la medida que la institución generadora de los deberes positivos, posea, en la realidad social, el mismo peso que el sinalagma libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias.

ción (Asúa Batarrita, 1997: 20). En otras palabras, el deber se selecciona como objeto merecedor de tutela penal por resultar esencial para una institución de la que depende la satisfacción de derechos fundamentales de la ciudadanía en un Estado de derecho (Ramos Tapia, 2000: 119; citado en Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 119).

Un tercer aspecto que cuestiona la conceptualización de los delitos de infracción de deber apunta a la indeterminación de los propios deberes extrapenales que fundamentarían esta conceptualización, por cuanto no existiría un criterio material para determinar cuáles serían los contextos jurídicos previos que dan lugar a las instituciones generadoras de estos deberes positivos, deberes por lo demás que adolecen de una gran vaguedad, lo cual contradice el principio de legalidad (Robles Planas, 2003: 229 y 230).²² Sin embargo, se ha contraargumentado que esta conceptualización permite delimitar aquellos bienes jurídicos supraindividuales respecto de los cuales no existiría un consenso pleno sobre su contenido, como precisamente sería el caso de la función pública, la probidad administrativa y la administración de justicia, entre otros. Así, la vinculación a deberes jurídicos extrapenales permitiría una mayor seguridad jurídica que la libre interpretación puramente preventiva de los delitos de dominio.

Por último, un último cuestionamiento consiste en que la relevancia de los deberes como fundamento de la punibilidad, o al menos para la determinación de la autoría, llevaría al exceso de considerar como penalmente relevante cualquier incumplimiento por el simple hecho de ostentar un cargo una determinada persona (Robles Planas, 2003: 233). No obstante, se ha considerado que, al tratarse de estos delitos, su fundamentación radica en la especial gravedad material del deber infringido para lograr una diferenciación cualitativa de las infracciones disciplinarias, por lo que no cualquier infracción debe ser constitutiva de un ilícito penal (García Arán, 1990: 25).²³

22 Esta crítica ha sido replicada en Chile al señalarse que «la determinación de cuándo un tipo es de infracción de deber y cuándo no se convierte en un ejercicio fundamentalmente intuitivo y generador de un elevado nivel de inseguridad jurídica» (Gómez Martín, 2012: 16).

23 Incluso, para establecer un criterio diferenciador con el derecho administrativo sancionador, se ha llegado a establecer la exigencia de una afectación adicional, consistente en la lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial (Bacigalupo, 1983: 1097 y 1098).



Todos estos aspectos siguen siendo actualmente objeto de discusión, por lo que no es posible entenderla como una conceptualización consolidada en la doctrina penal, aunque ha ido teniendo cierta recepción en el contexto latinoamericano²⁴ y también en nuestro país, entre los cuales pueden destacarse ya inicialmente a Cury Urzúa (2005), Piña Roquefort (2010) y Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021). Respecto de estos últimos autores, interesa en primer lugar destacar el análisis que hacen de la doctrina nacional, referente a los delitos del título 5 del Libro Segundo del Código Penal, consignando que la generalidad de la doctrina nacional, al analizar el bien jurídico protegido, termina igualmente por aludir al cumplimiento de deberes. Por ejemplo, en los delitos vinculados a la Administración pública, se ha señalado que «a la ofensa del bien jurídico protegido se añade el *quebrantamiento de un deber específico*» (Etcheberry, 2010: 203 y 204); que el bien jurídico común es «el recto funcionamiento de la Administración pública, cuyos funcionarios *tienen un deber especial* frente a la consecución de sus finalidades en orden a la prosecución del bien común» (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 465 y ss.); o que, específicamente a propósito de la malversación, «su objetividad jurídica no es tanto la defensa del patrimonio del Estado como *la infracción del deber de probidad*» (Labatut, 2000: 78). En tanto, respecto de los delitos vinculados a la administración de justicia, en particular la prevaricación, se la define como «faltar dolosa o culpablemente a los deberes que impone el ejercicio de un cargo o profesión» (Labatut, 2000: 72), como «grave infracción del deber de aplicar la ley, cometida por personas especialmente obligadas a ello» (Etcheberry, 2010: 213 y 214) o como «faltar un magistrado gravemente, por dolo o culpa, a sus deberes funcionarios» (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 504). Obviamente, esto no implica que la doctrina proponga que estos deberes o su contenido se constituyan como el bien jurídico protegido, ni mucho menos que entiendan estos delitos bajo la conceptualización de *delitos de infracción de deber*, sino simplemente reconocer, como hemos señalado, que es complejo poder llegar a determinar el contenido de la función pública sin los deberes que conlleva el ejercicio de dicha función.

Sin embargo, Rodríguez Collao y Ossandón Widow van más allá y aceptan la conceptualización de los delitos de infracción de deber, pero

24 En el caso de Colombia se puede citar a Suárez Sánchez (2000). En el caso de Perú, a García Cavero (1999, 2003).

no en cuanto a relevar dichos deberes como un bien jurídico en sí mismo, por cuanto reconocen desde luego que la infracción solo es relevante en cuanto se relaciona con la afectación de la función pública constituida en servicio de la ciudadanía. En concreto, sostienen que, para considerar en qué casos una infracción de deber a la función pública merece tutela penal, deben identificarse solo aquellos deberes que configuran una expectativa susceptible de ser penalmente relevante normativizada en cuanto es esencial para la convivencia humana, por lo que reconocen que muchas de estas figuras vinculadas a la función pública no se establecen en razón del daño que pueden provocar, sino más bien por las expectativas que resultan defraudadas frente a ese incumplimiento. Así, en el fondo, sería dicho incumplimiento el que daña o afecta dicho bien jurídico (la función pública), por lo que, en un caso concreto, no se requiere acreditar una efectiva lesión o puesta en peligro de dicha lesión, y ello lo ejemplifican con una simple declaración testimonial falsa, dentro de las miles que pueden entregarse diariamente, por cuanto no tendría como efecto afectar la función jurisdiccional, el desarrollo del mismo del proceso o que incluso podría llegar a provocar una sentencia más justa (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 121 y 122). Ahora bien, sobre este punto, es cierto que no es posible pretender, para fundamentar la responsabilidad en estos delitos, una necesaria y concreta afectación de la función pública. Pero ello tampoco es exigible aun prescindiendo de esta teoría, toda vez que, como ya dijimos, solo se requiere de una potencial trascendencia lesiva hacia los intereses individuales de cada integrante de la comunidad, sin necesidad de exigirse una destrucción efectiva, ni tampoco un inminente peligro, de la pérdida de determinadas condiciones. En ese sentido, esta teoría no afecta el hecho de reconocer que, al tratarse de estas figuras, existe un verdadero adelantamiento de la tutela penal.

Sin embargo, los problemas que puede llegar a ocasionar la tematización de los delitos de infracción de deber siguen siendo objeto de controversia, principalmente por: i) la dificultad para trazar de manera certera los límites y criterios para identificar cuándo se está ante una institución penalmente relevante capaz de generar los deberes extrapenales; y ii) por las consecuencias que puede llegar a generar sobre todo en materia de interpretación para determinar la autoría.²⁵ Respecto de la

25 Cabe advertir que incluso bajo el reconocimiento de estos delitos como figuras

función pública, es particularmente sensible este segundo problema, y es probable que ello explique la escasa aplicación jurisprudencial sobre esta materia, cuestión que en todo caso volveremos a abordar²⁶ a propósito de la comunicabilidad estas figuras se tratan, en muchos casos, de delitos especiales.²⁷

de infracción de deber, ello no obsta a que la función pública pueda ser afectada por particulares sobre los cuales no recae ningún deber especial, caso en el cual el mismo tipo penal podrá configurarse como un delito de dominio (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 124 y 125).

26 Véase la sección «Los delitos de corrupción como delitos especiales».

27 Con referencia especial a la consideración de los delitos de infracción de deber respecto de la malversación de caudales públicos y fraude al fisco, Mañalich (2012: 359) señala: «Hay buenas razones para sostener que la categoría de los delitos de infracción de deber —al igual que la categoría contrapuesta, que supuestamente la volvería necesaria como su complemento, a saber: la categoría del dominio del hecho— es dogmáticamente inservible».



Capítulo 5

Concepto penal de funcionario público

Consideraciones previas para su delimitación

La importancia de este tema se refleja en que gran parte de los delitos vinculados a la corrupción se constituyen en delitos especiales, es decir, aquellos en que se exige a nivel de tipicidad una calidad especial, la de funcionario público, en el sujeto activo. Dada esa importancia, este ha sido un tema tratado a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal, encontrándose muchas veces zonas grises donde es difícil afirmar o descartar de manera categórica si en un caso determinado la persona que actuó en un hecho aparentemente punible puede entenderse como funcionaria pública a efectos penales.

Pero, antes de ello, una primera consideración: los tipos penales en el Código Penal suelen utilizar en forma indistinta los conceptos de *empleado público* y *funcionario público*, aunque más bien en los delitos vinculados a corrupción, sobre todo aquellos del título 5 del Libro Segundo, se utiliza más que nada *empleado público*, salvo cuando se alude a una categoría especial como en la prevaricación judicial (miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y fiscales judiciales). Sin embargo, tanto dentro del título 5 como a lo largo del Código Penal no se observa una diferencia conceptual entre uno y otro término.¹ Ya aquí surge una primera diferencia al menos en teoría con el derecho administrativo, en cuanto el término *funcionario* alude a cierta autoridad, en tanto *empleado* refiere a quien se encuentra subordinado a un funcionario y realiza tareas ejecutivas. Decimos que se trata más bien de una definición teórica, ya que en Chile en la práctica administrativa

¹ Fuera del título 5, algunos delitos en que se alude a *funcionario público* como sujeto activo son los artículos 109 y 411 bis, y en el encabezado del párrafo 4 del título 3. Dentro del título 5, los artículos 229 y 230 utilizan el término respecto del sujeto activo. En cambio, como sujeto pasivo, dentro del propio título 5 se utiliza en el cohecho a *funcionario público* extranjero (artículos 251 bis y 251 ter), y fuera de dicho título, en los artículos 261 y 384.



se utilizarían ambos términos indistintamente (Pierry Arrau, 2002: 14; citado en Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 128).

Complejidades derivadas de la realidad sociojurídica

Son múltiples las razones de por qué se producen estas denominadas zonas grises, aunque básicamente podemos señalar que en particular nos encontramos con dos fenómenos sociojurídicos, cada vez más contingentes, que contribuyen a ello.

En primer lugar, la sofisticación que ha ido adquiriendo la institucionalidad pública en diversos ámbitos. A nivel orgánico, por ejemplo, nos encontramos con una Administración centralizada, descentralizada y municipal, con organismos y servicios públicos fiscales, semifiscales y autónomos, y la creación por ley de empresas públicas o la participación estatal en sociedades anónimas. En tanto, a nivel del personal vinculado con dicha orgánica, nos encontramos con personas vinculadas administrativamente (funcionarios de planta y a contrata) o por contrato de trabajo o a honorarios, o bien subcontratados o cuyo vínculo laboral es respecto de una empresa que ejecuta una función pública, por ejemplo, una concesionaria. Es decir, desde un punto de vista orgánico, no es fácil plantear límites nítidos sobre cuándo debiésemos entender este concepto vinculado a la Administración estatal o al aparataje público en general, si se prefiere.

En segundo lugar, tampoco desde un punto de vista funcional se logran determinar fácilmente esos contornos, pues la función pública también se complejiza sobre todo por la participación de privados en prestaciones de interés social, como lo serían las concesiones en transporte público, la operación de autopistas urbanas e interurbanas, la administración de establecimientos públicos de salud, educacionales o establecimientos penitenciarios o determinadas actividades reguladas, de claro interés público, pero ejercidas por privados, como los conservadores de bienes raíces, los notarios públicos o los receptores judiciales.

Esto explica la escasa pero relevante evolución legislativa que ha tenido la definición de funcionario público para efectos penales, contemplada en el artículo 260 del Código Penal, como se observa en la **tabla 1**.



Tabla 1. Evolución del artículo 260 del Código Penal

Año	Texto del artículo	Alcance
1875	«Para los efectos de este título y del párrafo 4 del título 3, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo público aunque no sea de nombramiento del jefe de la República ni reciba sueldo del Estado».	
1958	«Para los efectos de este título y del párrafo 4 del título 3, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo público, semifiscal de administración autónoma y municipal, aunque no sea de nombramiento del jefe de la República ni reciba sueldo del Estado».	<ul style="list-style-type: none"> • Nuevas instituciones públicas • Alcance sobre alcaldes y regidores
1962	«Para los efectos de este título y del párrafo 4 del título 3, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular».	<ul style="list-style-type: none"> • Equipara el cargo y la función • Amplía su alcance a empresas u organismos creados por el Estado o dependientes de él

Fuente: Elaboración propia.

Como señalamos, si bien ha sido solo modificado el artículo 260 en dos oportunidades a lo largo de casi 150 años, ello ha obedecido precisamente a los factores sociales comentados. Así, la reforma de 1958, más bien de carácter orgánico sobre el alcance del concepto, tuvo por objetivo incluir en el concepto del Código Penal de manera expresa a recientes instituciones creadas a la fecha, de naturaleza semifiscal o autónoma.² También la reforma vino a solucionar el problema sobre si su aplicación se extendía a la administración municipal, en particular al tratarse de alcaldes y regidores. Más tarde, la reforma de 1962 tuvo cambios a nivel orgánico pero también a nivel funcional: desde el punto de vista orgánico, amplió expresamente su alcance a empresas y organismos creados por el Estado o dependientes de él, lo que permitía, por

² Con la modernización del Estado de Chile en la primera mitad del siglo XX, se habían creado las siguientes instituciones de carácter fiscal o autónomo, entre otras: Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas, Caja de Retiro y Previsión Social de los Ferrocarriles del Estado, Caja de Previsión de Carabineros de Chile, Caja de Retiro y Previsión Social de los Empleados Municipales de la República, Caja de Retiro y Montepío de las Fuerzas de la Defensa Nacional, Caja de Seguro Obligatorio, Caja de Ahorros de Empleados Públicos, Caja Nacional de Ahorros, Caja de Crédito Prendario y Popular, Instituto de Crédito Industrial, Sección Accidentes del Trabajo de la Caja Nacional de Ahorros, Protección Mutua de Chile y el Instituto de Fomento Minero e Industrial de Tarapacá y Antofagasta.

ejemplo, hacerlo extensivo a empresas estatales recién creadas. Por otra parte, en un cambio relevante y que analizaremos en detalle más adelante, agregó, junto con el desempeño del cargo público, el desempeño de una *función pública*.

Concepto independiente del derecho administrativo

Existe consenso en general sobre que en el ámbito penal, y cualquiera sea la interpretación y extensión del artículo 260 del Código Penal, el concepto de funcionario público es independiente del derecho administrativo. La razón es que en este último el fundamento de la conceptualización de funcionario público se vincula con la relación que tiene la persona con la Administración. Para el derecho penal, en cambio, y coherente con el fin de protección de la norma, lo relevante no es esa relación funcional, sino el correcto desempeño de la función pública por quien está obligado a cumplirla. Por ello, se sostiene que, «para el derecho penal, puede decirse que la función crea al empleado público y no a la inversa» (Etcheberry, 2010: 205).

Consecuencia de lo anterior es que personas por ejemplo vinculadas por un contrato de prestación de servicios sobre la base de honorarios claramente no son, en términos administrativos, funcionarios públicos, pero pueden serlo desde el punto de vista penal. O bien, desde el punto de vista del derecho administrativo, muchas autoridades, sobre todo si son elegidas por elección popular (presidente de la República, parlamentarios, alcaldes, concejales), no caben tampoco dentro de este concepto, pero son incluidas en el artículo 260 del Código Penal aun teniendo dicho origen.

Esta mayor amplitud también ha sido recogida a nivel de tratados internacionales, al dar una definición absolutamente amplia que excede con creces el ámbito administrativo. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción dispone en su artículo 2:

Por «funcionario público» se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en



la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte; iii) toda otra persona definida como «funcionario público» en el derecho interno de un Estado parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo 2 de la presente Convención, podrá entenderse por «funcionario público» toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte.

Reconocimiento jurisprudencial de esta diferenciación se dio expresamente, por ejemplo, a propósito del caso MOP-Gate que comentamos en el capítulo 2, cuando, en primer lugar, la Corte Suprema tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre personas contratadas a honorarios:³

Pues bien, la defensa de los encausados acierta cuando sostiene que las personas que se desempeñan sobre la base de honorarios, no son funcionarios públicos para los efectos del Estatuto Administrativo, atendido que el artículo 10 de su texto vigente al tiempo de los hechos, en su inciso final, los margina expresamente de la aplicación de sus normas, remitiéndose a las reglas que establezca el respectivo contrato. Empero, no puede olvidarse que la disposición penal que interesa *extiende el concepto de empleado público, disyuntivamente, a quienes ejercen una función pública y no ya solo en la Administración del Estado*, sino también en otros organismos creados por o dependientes del mismo Estado, ampliando de este modo la cobertura del artículo 260, en términos de comprender en ella situaciones que *claramente desbordan la noción técnica restringida que la legislación administrativa confiere a la voz funcionario público*.⁴

Pero también en este caso la Corte Suprema reconoce una mayor extensión en el ámbito penal a quienes se desempeñan en virtud de una elección popular:

Que, en efecto, al ser pasibles de cometer delitos ministeriales no solo las personas que ocupan un cargo público, sea de planta o a contrata, *sino también aquellas que adscriben a una función pública*, la condición

3 Se trata de Carlos Cruz Lorenzen, acusado por el delito de fraude al fisco, quien se desempeñaba como coordinador general de Concesiones, función que no tenía un cargo propiamente tal reconocido en la planta del Ministerio de Obras Públicas.

4 Sentencia de la Corte Suprema, rol 2.321-2007, 19 de mayo de 2008.

de potenciales sujetos activos de esta categoría de ilícitos se ha ensanchado ostensiblemente, para encerrar en la noción correspondiente a todos los que cumplen tareas en el sector público —y no tan solo en la Administración del Estado— con el solo requisito de prestar servicios en un órgano del Estado, aun ajeno al Poder Ejecutivo. Así sucede con los parlamentarios, encargados inequívocamente de funciones públicas en órganos de creación estatal, según el amplio alcance que a esta noción atribuye el actual artículo 8 de la propia Carta Fundamental, sin que la circunstancia de ser los primeros elegibles por votación popular altere esta conclusión, por expresa formulación en tal sentido en el acápite final del artículo 260, analizado.⁵

Incluso, ha sido el propio legislador de manera expresa quien decide en determinadas materias incluir dentro del concepto penal a quien desempeña una función, aunque no esté vinculado, ni aun a través de un contrato a honorarios, con la Administración. Tal es el caso de quienes desempeñan la función de certificar modelos de prevención de delitos (artículo 4, literal c de la Ley 20.393): «Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal».

Concepto penal de funcionario público

Alcance del artículo 260 del Código Penal

Ya nos hemos referido respecto del artículo 260 del Código Penal. Este artículo contiene una definición expresa de lo que se entiende por funcionario público, cuyo contenido veremos a continuación. Sin embargo, antes es necesario tener presente el alcance de su aplicación, toda vez que expresamente dicho artículo limita su aplicación al título 5 («De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos») y al párrafo 4 del título 3 («De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución»), ambos del Libro Segundo del Código Penal.

⁵ Sentencia de la Corte Suprema, rol 2.321-2007, 19 de mayo de 2008 (el destacado es nuestro).

¿Qué sucede entonces respecto de los otros delitos cuyo sujeto activo es un funcionario público? ¿Cómo determinamos su contenido? Los casos no son excepcionales, si pensamos, entre otros, en la falsificación de documentos públicos o auténticos del artículo 193, o la expedición de un pasaporte o porte de armas bajo nombre supuesto o dado en blanco, sancionado en el artículo 199, ambos del Código Penal. Y si, como hemos señalado, existe consenso en cuanto a que en el ámbito penal *funcionario público* es un concepto más amplio que desde el punto de vista administrativo, ¿cómo podría determinarse su alcance, al ser determinante para la aplicación o no del respectivo tipo penal? Pues bien, es casi unánime a nivel doctrinal y jurisprudencial que este concepto se nutre precisamente del contenido del artículo 260, toda vez que si bien dicho artículo ha limitado su campo de aplicación, al no haber otra norma penal que le dé contenido, es perfectamente admisible su aplicación, lo que en ningún caso constituiría una *aplicación analógica*, sino una *interpretación analógica*, ya que son los propios tipos penales los que se refieren a funcionario público, y es necesario dotarlo de contenido.⁶ Es por ello que, independiente de las diferentes posturas sobre su contenido, se hace aplicable el artículo 260.⁷

Contenido del artículo 260 del Código Penal

Pese a que ya nos hemos referido con anterioridad, volvamos a tener presente lo dispuesto por el artículo 260, en el sentido de que reputa por empleado a:

6 No debe confundirse la interpretación analógica con la analogía. Esta última, prohibida en nuestra legislación, implica castigar a alguien pese a que su conducta no queda comprendida en ninguna descripción legal, pero se le aplica una ley semejante. En el caso de la interpretación analógica, en cambio, existe una ley a la cual se le atribuye el sentido correcto, de modo que no hay en este caso una afectación del principio de legalidad.

7 En ese mismo sentido la política de actuación del Ministerio Público, al señalar que: «Atendido el desarrollo conceptual de que ha sido objeto el concepto del artículo 260 del Código Penal, se instruye instar por su aplicación siempre que el tipo penal exija la calidad de funcionario público, aunque se encuentre fuera del título 5 o del párrafo 4 del título 3, ambos del Libro Segundo del Código Penal, amparados en la corriente doctrinaria que insta por un alcance amplio de la disposición legal». Ministerio Público, «Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de corrupción», Oficio FN 278/2022, 8 de abril de 2022, p. 3.

Todo el que desempeñe *un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean* de nombramiento del jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.

De lo dispuesto en la norma y lo que hemos destacado, aparecen tres elementos centrales que analizaremos por separado: i) función pública, ii) cargo público y iii) adscripción a un organismo relacionado con el Estado.

Función pública

Ya nos hemos referido a la función pública como un elemento transversal afectado por la corrupción y, en consecuencia, como un objeto de tutela penal en las figuras penales que sancionan este fenómeno. Sin embargo, aquí vuelve a surgir la necesidad de delimitar su alcance, con mayor precisión incluso, puesto que ahora, a partir de lo que se concluya, dependerá si un tipo penal es aplicable o no por existir tipicidad respecto del sujeto activo especial.

Cabe recordar que según vimos, esta hipótesis se agregó en 1962 al artículo 260, como complemento a aquella referida al desempeño de un cargo público, con el objetivo de contemplar no solo a quienes tienen un vínculo específico con la Administración mediante un cargo público, sino también a quienes pueden tener otro tipo de vínculo, como la prestación de servicios sobre la base de honorarios o un contrato de trabajo, en tanto implique el desempeño de aquella función. Pero ¿cuándo entonces nos encontramos bajo el desempeño de una función pública? Sabemos ya que un elemento estructural de este concepto lo constituye el hecho de que dicha función es *la forma* de disponer que todo el aparataje público, sean bienes, personal, reglamentación y potestades, se encuentre al servicio de la persona humana, que es a su vez una de las principales manifestaciones del Estado social y democrático de derecho. Es decir, se justifica por su finalidad, razón por la cual habíamos destacado su entendimiento como aquella «actividad que tiene como fin el interés colectivo o social, el bien y utilidad común, realizada por órganos estatales o paraestatales» (Suárez Sánchez, 2000: 18). Ahondando en esto, y en coincidencia con lo anterior, el autor español Mir Puig argumenta, al analizar el concepto de función, que la función pública se



conforma a partir de tres requisitos: i) uno subjetivo —es la actividad llevada a cabo por un funcionario público—; ii) uno teleológico —es aquella que persigue fines públicos—; y iii) uno objetivo —es la actividad realizada mediante actos sometidos al derecho público—, para concluir que de esos tres elementos el esencial corresponde al teleológico (Mir Puig, 2000: 23 y 24; citado en Schoenmakers, 2017: 188).

Esta perspectiva finalista del concepto ha tenido una amplia acogida en nuestra doctrina⁸ y también a nivel jurisprudencial. Por ejemplo, la propia Corte Suprema ha reconocido desde larga data la inclusión dentro del artículo 260 tanto de notarios como de empleados del Conservador de Bienes Raíces.⁹ También se ha considerado bajo esta interpretación como funcionario público a un particular prestador de una actividad profesional remunerada a honorarios, contratado por asignaciones parlamentarias:

Teniendo presente la concepción amplia que comprende el artículo 260 del Código Penal, la cual considera empleado público no solo a quien tiene el cargo de tal, sino al que desempeña una función pública, prevaleciendo por ende un concepto funcional de empleado público por sobre el formal, entendiendo que dicha función pública, desde una perspectiva teleológica, está dada por la persecución de satisfacer necesidades materiales de interés general, en otras palabras, que tienda al bien común o fines públicos.¹⁰

Sin embargo, la aplicación práctica de este concepto se complejiza por la interacción de funciones entre el Estado y particulares, lo que ha llevado, como hemos visto, a la asunción de particulares en actividades, al menos, de evidente interés público. Por ello, en ocasiones ha sido la propia ley la que ha hecho aplicación expresa, como en el caso tantas veces señalado de los certificadores de modelos de prevención de delitos, según el artículo 4 literal c) de la Ley 20.393: «Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una

8 Entre otros, puede mencionarse a Etcheberry (2010: 205), Balmaceda Hoyos (2012: 56) y Matus y Ramírez (2015: 271 y 272).

9 Jurisprudencia citada por Politoff, Matus y Ramírez (2006: 487).

10 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2.100-2021, 11 de noviembre de 2021.



función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal».¹¹ También puede citarse como ejemplo dentro del propio Código Penal, en el artículo 150 A, referido al delito de tortura, la consideración como sujeto activo del «particular que, en el ejercicio de funciones públicas [...], ejecutare los actos a que se refiere este artículo».¹² Otras veces la ley no ha sido tan clara: la Ley 20.032, que regula el régimen de aportes financieros del Estado a los colaboradores acreditados del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, dispone en el encabezado de su artículo 2, numeral 6, respecto de estos organismos colaboradores, la «responsabilidad en el ejercicio del rol público que desarrollan», aunque en su contenido se refiere, tanto respecto de personas jurídicas como naturales que las integren, más bien a la responsabilidad civil.

Cargo público

Junto con la función pública, la otra hipótesis referente a un funcionario público se relaciona con el desempeño de un *cargo público*. Cabe recordar que, según vimos antes, esta hipótesis siempre se ha considerado respecto del funcionario público, y solo vino a ser complementada en 1962 con la función pública. La verdad es que dicho complemento se justifica por el carácter más restrictivo que tiene el concepto de cargo público, toda vez que, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 18.334 (Estatuto Administrativo): «Es aquel que se contempla en las *plantas o como empleos a contrata* en las instituciones señaladas en el artículo 1, a través del cual se realiza una función administrativa». Si bien la norma señala que la definición es para los efectos del propio estatuto, no hay otra definición sobre cargo público en la legislación penal, lo que, unido a

¹¹ Para ello, las entidades que se dedican a esta actividad deben estar incorporadas en un Registro Público que lleva la CMF, y se rigen por la Norma de Carácter General 302, del 25 de enero de 2011. Sin embargo, eso no resuelve todo conflicto interpretativo, pues al tratarse de personas jurídicas las que realizan la labor de certificación, cabe preguntarse qué grado de vinculación debemos considerar como suficiente para que tenga una persona, que apoya esa entidad la calidad de funcionario público. ¿Bastará un contrato a honorarios? Probablemente sí, pero subsiste la duda sobre qué pasaría si se trata de personas que apoyan, de hecho, la labor de la entidad en un proceso de certificación en particular, por ejemplo.

¹² Se ha cuestionado esta referencia por estimarse precisamente redundante, al ya comprenderse en el propio artículo 260 (Matus y Ramírez, 2017: 192).

la reforma de 1962, viene a confirmar el alcance más restringido de este concepto, en comparación con la función pública. Con ello, este alcance más restringido se explica por centrarse en la especial relación que tiene la persona con la Administración.

Dada la amplitud que tendría en cambio el concepto de función pública, cabría preguntarse la necesidad de haber mantenido la hipótesis de cargo público. Dicho cuestionamiento es válido, pues solo permitiría cubrir situaciones en que una persona, bajo el régimen de planta o a contrata en su vinculación con la Administración, desempeña una labor que no constituye una función pública, caso en el cual cabría preguntarse cuál es entonces el bien jurídico afectado, lo que explicaría el escaso desarrollo doctrinal de este punto.¹³ Con todo, como vimos, la propia Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción entiende por funcionario público a cualquier persona que desempeñe tanto un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial como una función pública.

Adscripción a un organismo relacionado con el Estado

El desempeño de una función pública no es suficiente para hacer aplicable el concepto penal de funcionario público, toda vez que se requiere un elemento adicional, que consiste en una adscripción de dicho desempeño a *la Administración Central o en instituciones o empresas semi-fiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él*, lo que también ha sido reconocido por la jurisprudencia al sostener:

Según se desprende del artículo 260 transcrito, el concepto que interesa es susceptible de desglosarse en dos elementos constitutivos principa-

13 Bien lo constatan Rodríguez Collao y Ossandón Widow al señalar que ha sido un concepto omitido o derechamente excluido por autores como Etcheberry, Guzmán Dálbora, Bullemore y Mackinnon, e incluso ellos mismos con anterioridad. Sin embargo, en la actualidad lo consideran un concepto autónomo, ya que, si bien por lo general «quien desempeñe un cargo público ejercerá también una función pública, eso no es necesariamente así, en especial si se emplea un concepto restrictivo de función pública, que abarque únicamente la labor propia del Estado en función del principio de subsidiariedad». Esta concepción restrictiva la entiende por cuanto, «si rige un criterio de subsidiariedad, la función pública propiamente tal se reduce a la que desempeña el Estado debido a que ella no puede ser asumida por agentes privados» (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 130, 135 y 136).

les, a saber: a) el empleado público, para ser tal, debe ejercer *un cargo o función pública*, y b) tal quehacer debe servirse en un *organismo creado por el Estado o dependiente de él*, sea o no de elección popular.¹⁴

Desde luego, en primer lugar caben todos los organismos que forman parte de la Administración pública, centralizada o no, y que comprende de acuerdo a la Ley 18.575 a ministerios, delegaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los gobiernos regionales, las municipalidades y las empresas públicas creadas por ley. Pero también se incluye al Poder Legislativo y Poder Judicial, y organismos autónomos constitucionales, como el Ministerio Público o el Tribunal Constitucional.

Pero también pueden incluirse instituciones de derecho privado, en tanto realicen actividades por expresa delegación de la Administración pública, sea centralizada o municipal. Así por ejemplo lo ha reconocido la jurisprudencia al considerar para efectos penales como funcionaria pública a quien se desempeña como directora de un Centro de Educación Integrada de Adultos perteneciente a una Corporación de Educación Municipal, que corresponde a una corporación de derecho privado.¹⁵ Sin embargo, a veces el criterio ha sido bastante amplio, llegándose a considerar dentro del artículo 260 a una directora de un colegio particular por el delito de abuso contra particulares (artículo 255), dado que «para ningún miembro de la sociedad puede ser algo discuto [*sic*] que la educación, sin perjuicio de que pueda ser verificada por “particulares”, es una actividad realizada por personas naturales o jurídicas *en nombre del Estado*, única alternativa y ámbito en el que la acusada ejecutó las acciones que se le imputan».¹⁶ Precisamente en este caso parece haberse excedido la interpretación del artículo 260, pues si bien la educación puede ser entendida como una función pública, el hecho de ser desem-

14 Sentencia de la Corte Suprema, rol 2.321-2007, 19 de mayo de 2008, considerando cuadragésimo quinto.

15 Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Castro, RIT 36-2009, 7 de octubre de 2009. En el mismo sentido, se ha considerado aplicable al tratarse de una Corporación de Desarrollo Social de una municipalidad: sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 199-2010, 14 de julio de 2010.

16 Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 77-2011, 19 de mayo de 2008.



peñada en una institución particular no permite subsumirla en el concepto de funcionario público a quien la desempeña.

Pero también las complejidades de la aplicación de artículo 260, en particular en cuanto al desempeño de una función pública, se dan por la incursión del Estado en actividades que se entrelazan, o derechamente se integran, con actividades propias de particulares, donde el caso paradigmático lo constituye la actividad empresarial del Estado. ¿Puede en este caso señalarse que el Estado, y en concreto, quienes actúan a nombre de él, cumplen una función pública? Este punto no es pacífico ni en doctrina ni en la jurisprudencia. Por ejemplo, se ha planteado que el concepto de funcionario público no incluiría la actividad de las empresas del Estado porque quedarían fuera aquellas actividades que, aunque asumidas de modo excepcional por el Estado, no deben considerarse parte de su función propia (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 130 y 131). En coherencia con ello, existe jurisprudencia de la Corte Suprema que no ha considerado funcionario público a un fiscal de la empresa Empremar S. A., por desarrollar una actividad netamente mercantil en la que el Estado solo tiene participación accionaria.¹⁷ No obstante, la Corte Suprema también se ha pronunciado en sentido contrario, al aceptar que los directivos de la Empresa Refinería de Petróleos de Concón son funcionarios públicos, por cuanto siendo una empresa perteneciente a la Empresa Nacional de Petróleos (ENAP), «los excedentes que genere ingresan a las rentas generales de la nación, está sometida a la Contraloría General de la República y es obligada a remitir sus balances y documentación de importancia al Congreso Nacional».¹⁸ En un sentido similar se ha aplicado el concepto de funcionario público a quienes trabajan en la Empresa de Ferrocarriles del Estado, Banco del Estado, Codelco, etcétera, e independiente del régimen contractual aplicable (Ossandón Widow, 2012b: 54 y 55).

¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema, rol 3.886-1998, 28 de mayo de 1999. Posteriormente, se aplicó el mismo criterio a nivel de Corte de Apelaciones respecto del gerente general y el gerente de servicios de la misma empresa, ya que «en consecuencia, rigiéndose Empremar S. A. por la legislación común aplicable a los particulares, no puede sostenerse que su gerente general y gerente de servicios hayan desempeñado en sus cargos una función pública y, por consiguiente, no le es aplicable lo dispuesto en el artículo 260 del Código Penal». Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 4.445-2002, 28 de enero de 2004. Con todo, ambos fallos recién citados fueron por votación dividida.

¹⁸ Sentencia de la Corte Suprema, 19 de mayo de 2008.

Un criterio diferenciador que se ha planteado dice relación con el tipo de empresa que se trate, ya que por un lado tenemos empresas en las que participa el Estado, pero sometida dicha actividad a la legislación común aplicable a particulares, caso en el cual se requiere una autorización mediante una ley de cuórum calificado, según lo prescribe el artículo 19 numeral 21, inciso segundo de la Constitución.¹⁹ Por otro lado, encontramos a las empresas del Estado creadas por ley, que tienen personalidad jurídica de derecho público y forman parte de la Administración del Estado.²⁰

Pues bien, a partir de este criterio, las primeras quedarían excluidas de este ámbito, en tanto que la empresas creadas por ley sí quedarían incluidas, lo que además es coherente con el propio texto del artículo 260, que reconoce a los organismos *creados* por el Estado, pues solo estas últimas cumplen una función pública, esto es, una función ejecutada por un ente público mediante actos sometidos al derecho público, y que persigue un fin público (Oelckers, 2000: 77).²¹ Lo cierto es que puede resultar razonable la exclusión del concepto de funcionario público en los casos en que participa el Estado en empresas privadas, toda vez que, conforme a la definición de función pública que hemos dado, sería complejo determinar que en esos casos prima la función pública en cuanto a su finalidad, puesto que se trata de un ámbito en que actúan particulares regulados por normativa privada y que, por razones diversas, el Estado ha sido autorizado a participar, pero se trata de un área ya existente en el ámbito de las relaciones entre privados. Aplicando este criterio diferenciador, serían correctas las soluciones por ejemplo dadas para Empremar S. A. y para Refinería de Petróleos de Concón, sin perjuicio de que las razones dadas en dichas sentencias no se corresponden necesariamente con esta diferenciación.²² Y si fuésemos coherentes con

19 «El Estado y sus organismos podrán desarrollar *actividades empresariales o participar en ellas* solo si una ley de cuórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán *sometidas a la legislación común aplicable a los particulares*, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de cuórum calificado».

20 Por expresa disposición del artículo 1 de la Ley 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

21 Este criterio también puede ser utilizado para distinguir la calidad de servidor público en el derecho administrativo.

22 Recordemos que en el caso de Refinería de Petróleos de Concón, por ejemplo, se utilizó como criterio la injerencia de la Contraloría General de la República o la remisión de información al Congreso Nacional.

esta interpretación, también sería aplicable el concepto penal de funcionario público a quienes se desempeñan en una empresa privada pero que realiza actividades concesionadas por el Estado, pues en esos casos el Estado delega en privado funciones que le son propias.²³

Por último, vale la pena tener presente que el Ministerio Público también aplicaría esta diferenciación al no referirse expresamente, por ejemplo, a la aplicación del artículo 260 en los casos en que el Estado interviene participando en empresas privadas, sino solo en empresas creadas por ley.²⁴

Conclusión

La concepción penal de funcionario público se trata de una significación autónoma, independiente del derecho administrativo. Si bien no existe una definición general, es perfectamente aplicable la contenida en el artículo 260 del Código Penal, aun cuando dicha definición se ha dado para un alcance más restringido. El contenido de dicha concepción se basa en el desempeño, ya sea de un cargo o una función pública, esta segunda alternativa más amplia. Pero ambas alternativas requieren un elemento adicional, consistente en que el desempeño de uno u otra se dé en un organismo del Estado, creado por el Estado o dependiente de él. En consecuencia, el desempeño de una función puede darse en un organismo particular, pero subsumible en esta categoría si se trata de funciones que son de competencia del Estado y que para su ejecución ha creado instituciones privadas (como empresas o corporaciones) o ha

23 Así, en Perú, Chanjan Documet (2017).

24 Para el Ministerio Público, el artículo 260 «comprende tanto a quienes se desempeñen en los órganos del Estado, descritos y regulados por la Constitución Política de la República, como a aquellos a que se refiere el inciso segundo del artículo 1 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado —cuyo texto actualizado fue fijado por el DL 1/19.653, del 13 de diciembre de 2001— y también a quienes se encuentren regulados por estatutos especiales, *incluyendo a quienes se desempeñen como gerentes, directores, administradores y funcionarios de empresas públicas creadas por ley* (estén dotadas o no de estatuto jurídico propio, y aunque se rijan por la ley común aplicable a los particulares) y en corporaciones municipales, siempre que no exista una norma expresa que los excluya de esta denominación, o existan normas especiales de responsabilidad, ello independiente de que se encuentren vinculados por un decreto, una resolución, contrato de trabajo o contrato a honorarios, e incluso cuando se trata de funciones prestadas *ad honorem*». Ministerio Público, «Memoria...», 3 (el destacado es nuestro).

delegado sus funciones (concesiones). Finalmente, la consideración de criterios más bien formales, como la naturaleza jurídica del organismo o el tipo de vinculación jurídica entre la persona y la institución respectiva, no es necesaria para determinar la concurrencia en el caso concreto del concepto.



Capítulo 6

Autoría y participación en los delitos de corrupción

Los delitos de corrupción como delitos especiales

La determinación de la autoría y participación delictiva en los delitos vinculados a corrupción conlleva una serie de problemas discutidos ampliamente por la doctrina, y reflejados en la jurisprudencia, sobre todo por tratarse la mayoría de ellos de *delitos especiales*, es decir, aquellos «de los que solo pueden ser sujetos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley» (Mir Puig, 2011: 237). Cabe recordar que dentro de esta categoría se distinguen dos clases: los *delitos especiales propios*, en los cuales el tipo penal designa como autor a sujetos que poseen una calidad especial (*intraneus*), sin existir una figura delictiva paralela aplicable a los sujetos que no la posean (*extraneus*); y los *delitos especiales improprios*, que son aquellos que pueden ser cometidos por cualquiera, pero en los cuales la calidad especial del sujeto agrava la penalidad, existiendo una figura base o residual aplicable a los que no la posean, que puede ser más benigna o más severa.

En efecto, tratándose de los delitos vinculados a corrupción, es de normal concurrencia tipos penales que exijan una calidad especial del sujeto activo. Así, como hemos visto, en la gran mayoría de los delitos del título 5 del Libro Segundo se alude a *empleado público*, aunque a veces se refiere a *funcionario* (artículos 229 y 230), y específicamente en la prevaricación se alude a *miembros de los tribunales de justicia colegiados y fiscales judiciales* (artículos 223 a 227), pero también se consideran como sujetos activos a *peritos y compromisarios* (artículo 227 numeral 3) o al *abogado o procurador* (artículo 231). También fuera del título 5 podemos encontrar al *funcionario público* como sujeto activo en los artículos 109 y 411 bis.

Los problemas que en concreto derivan de esta categorización, relacionados con autoría y participación, se relacionan con la razón de la delimitación del círculo de autores, el título de castigo por el cual podría

responder el *intraneus* y el *extraneus*, y el *quantum* de la pena que correspondería imponer al *extraneus*.

La (in)comunicabilidad de la calidad del sujeto activo

La tematización de la comunicabilidad¹ dice relación con la interrogante sobre si es posible sancionar al *extraneus* que no reúne la calidad de funcionario público a título, por ejemplo, de malversación o fraude al fisco; o de prevaricación, si no reúne la calidad de juez, o, por el contrario, si es necesario sancionar al *extraneus* bajo el tipo penal residual que corresponda —si lo hubiere—; o si debe reconocerse su impunidad. A su vez, de considerarse que puede ser imputado —al título que sea—, si ello debe hacerse como autor o solamente como partícipe en sentido estricto (por ejemplo, como cómplice).

Dado que en nuestro país no existe una norma legal expresa, la doctrina y la jurisprudencia no entregan una respuesta única, por lo cual básicamente se han manifestado en tres tipos de soluciones distintas: hay quienes se manifiestan a favor de la comunicabilidad tanto en los delitos especiales propios como impropios (comunicabilidad extrema), otros que abogan por la incomunicabilidad en todos los supuestos (incomunicabilidad extrema), así como autores que plantean la comunicabilidad solo en los delitos en que la calidad especial fundamenta el injusto (comunicabilidad limitada).

Comunicabilidad extrema

De acuerdo con esta tesis, el problema de la comunicabilidad se resuelve de forma afirmativa en todos los casos (delitos especiales propios e impropios), por lo cual el *extraneus* siempre responderá por el delito especial. Esta postura, que ha tenido un apoyo más bien minoritario en nuestra doctrina,² se apoya, entre otros, en los siguientes argumentos:

¹ Empleamos el término *comunicabilidad* por ser ampliamente utilizado por la doctrina para tratar esta problemática, aunque en estricto rigor no es exactamente correcto: «Porque aquí no se trata de comunicar la calidad de funcionario a un *extraneus*, esto es, de extenderle o transmitirle esa calidad, sino que el asunto es si puede imputarse a una persona en virtud de un tipo penal pese a que este parece dirigirse, en principio, solo a determinados sujetos» (Ossandón Widow, 2012: 61).

² Véase Garrido Montt (1997: 330 y ss.), Novoa Monreal (2005), Varas Videla (1941) y Schepeler (1953).

i) Unidad o indivisibilidad del título de imputación: En virtud de este principio, todos los partícipes deben ser sancionados bajo la misma figura, pues un hecho único «no puede ser considerado jurídicamente de diferente manera para cada uno de los que intervienen conjuntamente» (Novoa Monreal, 2005: 211).

ii) Accesoriedad de la participación: La accesoriedad de la sanción aplicable a la complicidad y al encubrimiento estaría reconocida en los artículos 51 y siguientes del Código Penal, que regulan la pena de estos sujetos conforme con la pena señalada por la ley para el autor del crimen o simple delito, por lo que «la complicidad y el encubrimiento no tienen vida propia, sino que son accesorios del hecho punible que comete el autor y no otro responsable» (Schepeler, 1953: 96).

iii) Inexistencia de norma expresa sobre la materia: El artículo 64 del Código Penal,³ que regula la incomunicabilidad de las circunstancias agravantes y atenuantes personales, no puede ser aplicado para resolver esta cuestión, que se refiere a elementos del tipo penal (Garrido Montt, 1997: 331). Por otra parte, el hecho de que existan disposiciones de la parte especial que sancionan expresamente al *extraneus* (artículo 250 del Código Penal, por ejemplo) en nada modifican la aceptación de la tesis de la comunicabilidad; pues de no existir esta norma, este sujeto debería responder como coautor del delito especial de cohecho (artículos 248 y 248 bis).

A diferencia de la doctrina, esta tesis sí ha tenido mayor recepción a nivel jurisprudencial.⁴

3 Artículo 64 del Código Penal: «Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de solo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito».

4 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 9.341-2006, 30 de marzo de 2007; sentencia de la Corte Suprema, rol 2.321-2007, 19 de mayo de 2008; sentencia de la Corte Suprema, rol 638-2008, 1 de julio de 2008 (en relación con delitos tributarios); sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 392-2008, 22 de enero de 2009; sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 244-2011, 1 de septiembre de 2011; y sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2.284-2010, 11 de agosto de 2014. Dentro de la jurisprudencia más reciente, apoyándose incluso en la indivisibilidad del título de castigo: sentencia del Tribunal Oral en lo

Incomunicabilidad extrema

Si bien a nivel doctrinal esta era una postura en un principio minoritaria,⁵ ha ido tomando fuerza últimamente a partir de nuevas conceptualizaciones, sobre todo la referida a los *delitos de infracción de deber*, que analizaremos por separado.⁶ Sostiene esta postura que las circunstancias personales del *intraneus* nunca se comunican a los sujetos no calificados. Los argumentos que originalmente se planteaban consistían en:

i) La idea de que la calificación del delito está dada por el autor no resuelve los casos en que concurran al hecho dos o más coautores, al ser solo uno de ellos *intraneus*. No existiría razón para que sea precisamente la actuación de tal sujeto la que decida el título del delito cometido por todos. En realidad, «la tipicidad es siempre determinada, fundamentalmente, por la naturaleza de la acción, de la cual las cualidades personales especiales que concurren en el sujeto activo no son más que una modalidad accesoria» (Cury Urzúa, 1992: 230).

ii) Respecto a que un mismo hecho no puede ser calificado en forma distinta para las diferentes personas que intervienen en él, tal afirmación no es correcta, en tanto ello es precisamente lo que ocurre en los supuestos de concurso ideal heterogéneo de delitos, reconocido de manera expresa en el artículo 75 del Código Penal.

iii) En cuanto a que el artículo 250 del Código Penal, que sanciona el denominado cohecho del particular o soborno, sería una excepción al principio general de la comunicabilidad, se contraargumenta que la existencia de tal precepto tiene por objeto establecer la punibilidad del tercero *extraneus*, el que —de no existir dicha disposición— debería en rigor permanecer impune.

iv) Se recurre, además, a una interpretación sistemática de la ley: si el legislador no ha querido que se comunicaran las circunstancias agravantes o atenuantes (artículo 64, inciso primero del Código Penal), no

Penal de Los Ángeles, RIT 8-2019, 18 de marzo de 2019.

5 Fue defendida inicialmente por Cury Urzúa (1992). Sin embargo, luego cambió su postura a una comunicabilidad limitada, tanto porque cambió su interpretación del artículo 64 del Código Penal como para evitar vacíos de punibilidad: «No es posible ignorar el injusto que encierra la conducta de quien dolosamente colabora con el juez en la redacción y fundamentación de la sentencia contraria a la ley vigente y expresa, o la del que instruye a sabiendas al testigo para que preste una declaración mendaz» (Cury Urzúa, 2005: 646 y 647).

6 Véase la sección «Delitos especiales y delitos de infracción de deber».

se ve la razón por la cual habría de otorgársela a aquellos que fundamentan la incriminación a un tipo determinado, como sería el caso de los delitos especiales propios.

De acuerdo con esta postura, entonces, la incomunicabilidad tiene como base el que cada partícipe debe ser castigado según la naturaleza del injusto que había cometido, el que no puede considerar circunstancias personales que el sujeto no reúne.⁷ Si bien esta tesis ha tenido escasa explicación jurisprudencial, ha sido recogida por la Corte Suprema al menos en una ocasión tratándose de delitos tributarios, al señalar que «en el presente caso se trata de obligaciones en que el autor se enfrenta a su propio deber, lo que impide el actuar conjunto o intervención delictiva, como modelo de imputación en los casos de concurrencia de varias personas».⁸

Comunicabilidad limitada

Esta postura es dominante en la doctrina nacional,⁹ y si bien principalmente se ha desarrollado a propósito del delito de parricidio, también es aplicable respecto a delitos relacionados con la corrupción. De acuerdo

7 Según Balmaceda Hoyos, también se manifestaría por esta postura de incomunicabilidad Guzmán Dálbora, «para quien en el delito de malversación de caudales públicos, sancionado en el artículo 233 del Código Penal, los *extraneus* deberán responder por el delito común, el que a su juicio siempre será la apropiación indebida (léase artículo 470 numeral 1 del Código Penal chileno). A su vez, en el caso del *intraneus* que participa en el delito común realizado por el particular, no se altera su responsabilidad por el delito de peculado, en tanto cualquier forma de intervención de su parte lleva necesariamente consigo el consentimiento para que tal apropiación se realice. Finalmente, este autor señala expresamente que lo anterior no se aplica para el supuesto del artículo 234 del Código Penal (malversación culposa), dada la incompatibilidad de la culpa con la codelincuencia» (Guzmán Dálbora, 2009b: 366 y ss; citado en Balmaceda Hoyos, 2012: 68).

8 Sentencia de la Corte Suprema, rol 7.640-2008, 2 de diciembre de 2009. También con anterioridad, sentencia de la Corte Suprema, rol 3.028-2002, 7 de octubre de 2002: «Sin embargo, en el sistema penal chileno, la autoría como la complicidad en el ilícito de peculado están reservadas solo a quienes tengan la calidad de empleados públicos y es necesario, asimismo, que administren o tengan a su cargo fondos públicos, por lo que no acepta dicha comunicabilidad por lo que en este caso, a los codelincuentes no empleados públicos, se les debe procesar por un delito que hayan podido cometer, sin esa condición, como por ejemplo la estafa».

9 Véase Etcheberry (2010), Politoff, Grisolia y Bustos (2006), Bullemore y MacKinnon (2007), Cury Urzúa (2005) y Politoff, Matus y Ramírez (2006).

a esta postura, cuando se trata de delitos especiales impropios, se aplica el artículo 64 del Código Penal, por lo que la calidad especial, en tanto circunstancia personal, *no se comunica* y el *extraneus* responde por el tipo residual que fuere aplicable, ya que se entiende que esta clase de delitos corresponde a una figura agravada del delito base, por lo que la circunstancia especial debe ser considerada solo como agravante de la responsabilidad penal y, por aplicación del artículo 64 inciso primero, no es aplicable respecto del *extraneus*. En cambio, en los delitos especiales propios, la calidad especial no es una mera circunstancia, sino que es *fundante* del tipo penal y, por ende, no recibe aplicación el artículo 64; en tales casos, en consecuencia, se estima que la calidad especial se comunica a los partícipes *extraneus*, debiendo estos responder por el tipo especial aplicable.

Pese a tener esta postura una mayor acogida doctrinaria, y que permite evitar la impunidad del partícipe *extraneus* en los delitos especiales propios —un grave problema de resultado al que llega la incomunicabilidad extrema—, se ha criticado una doble inconsistencia valorativa: i) sanciona al *extraneus* con el mismo parámetro que al *intraneus* en los delitos especiales propios, pese a que el primero no reúne la calidad que fundamenta el ilícito en cuestión; y ii) relacionado con lo anterior, significa un tratamiento desigual al *extraneus* según la clase de delito especial de que se trate, con igual pena en los casos en que la calidad especial fundamenta el ilícito (delitos especiales propios) y atenuando su responsabilidad (lo hace responder por el delito común) en las hipótesis en que dicha calidad especial solo agrava la responsabilidad del sujeto (delitos especiales impropios) (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 141). También se ha señalado que esta solución «arroja de un golpe al ciudadano corriente en una situación cualificada de deber y lo nivela, por ejemplo, con el juez que prevarica o con [el] funcionario que malversa fondos a su cargo» (Van Weezel, 2007: 115). También se ha criticado, en cuanto a su aplicación respecto del delito de fraude al fisco, ya que el partícipe *extraneus* debería ser sancionado a título de estafa, que sería el tipo penal paralelo. Sin embargo, dada la mayor entidad del engaño que se exige en Chile por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria respecto del delito de estafa, mientras se configure la conducta de fraude al fisco y se sancione como autor de tal delito al funcionario público, no se sancionaría al *extraneus* como autor de estafa si no se acredita la respectiva *mise-en-scène* (Balmaceda Hoyos, 2012: 67).

Estas críticas han llevado a buscar otras soluciones que expondremos a continuación. Con todo, igualmente ha tenido esta postura aplicación en nuestra jurisprudencia, y se ha ido consolidando hasta ser más predominante en la actualidad.¹⁰

Delitos especiales y delitos de infracción de deber

Como tuvimos ocasión de ver a propósito del análisis de la función pública en cuanto a bien jurídico protegido,¹¹ en las últimas décadas se ha desarrollado y ha adquirido cada vez más relevancia la denominada teoría de los *delitos de infracción de deber*, que lleva a importantes consecuencias sobre la comunicabilidad de la calidad especial del sujeto activo en los delitos que la exigen. Como vimos, a propuesta de Roxin, se distinguió entre delitos de *dominio* y delitos de *infracción de deber*, que se diferencian en la forma de determinar quién es el autor del hecho. En los primeros, es autor precisamente quien domina el hecho, esto es, quien tiene la capacidad de iniciarlo, interrumpirlo o consumarlo, y lo relevante es la descripción que ofrece el tipo penal. Sin embargo, al tratarse de los delitos especiales, en los que para ser el autor se requiere una calidad especial exigida por el tipo, aun quien tenga dominio del hecho, si no posee la calidad especial será un *extraneus* y, en consecuencia, no podrá ser autor del hecho. Por ello, se estableció la categoría de los delitos de *infracción de deber*, en los que el fundamento de la sanción no es la naturaleza externa del comportamiento, sino el incumplimiento de prestaciones ligadas a un determinado rol social. Con ello, una de las más importantes consecuencias es que en estas figuras solo puede ser autor quien lesiona un deber especial extrapenal que existe antes la formulación típica.

Sin embargo, diversos autores, partiendo por Jakobs, han seguido profundizando esta conceptualización y sus consecuencias hasta establecer

¹⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 3.417-1998, 9 de agosto de 1999; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 900-2011, 24 de octubre de 2011; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4.691-2020, 20 de octubre de 2020. Respecto de la Corte Suprema, cabría mencionar el fallo correspondiente a rol 3.799-2013, del 30 de septiembre de 2013, que alude precisamente a esta postura en fallos anteriores, rol 2.321-2007 y rol 4.507-2007. También existe un voto de prevención de los ministros Dolmestch y Künsemüller en la sentencia de la Corte Suprema, rol 17.014-2015, 17 de diciembre de 2015.

¹¹ Sección «La función pública como bien jurídico tutelado».

que, dada la imposibilidad de admitir una graduación cuantitativa de la infracción del deber, no solo el sujeto obligado con dichos deberes es el único que puede ser autor, sino que solo dicho sujeto obligado puede ser autor, jamás partícipe (Sánchez Vera, 2002: 188). Incluso, contrario a lo que sostenía el propio Roxin, ni siquiera como partícipe podría intervenir quien no se encuentra sujeto a dichos deberes (García Cavero, 2003: 456).

En nuestro país, diversos autores han comenzado a analizar la problemática de los delitos que exigen una calidad especial en su sujeto activo desde la perspectiva de la teoría de los delitos de *infracción de deber*, lo que en general los lleva a plantear la imposibilidad de que el *extraneus* pueda ser autor de un delito especial propio, al ser entendidos como delitos de *infracción de deber* (Cury Urzúa, 2005: 646-647; Ossandón Widow, 2012: 45 y ss.; Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 146 y ss.; Van Weezel, 2007: 116 y ss.; 2008).¹² Por ejemplo, ya Cury Urzúa señalaba:

La situación es diferente para los delitos calificados propios, que como ya se ha dicho, constituyen delitos de infracción de deber [...] básicamente ello significa que los *extraneus* intervinientes, si bien serían sancionados por el mismo hecho punible en que incurre el *intraneus*, tendrían únicamente la calidad de partícipes y deberían ser castigados con la pena contemplada para estos (2005: 647).

En el mismo sentido Ossandón, quien considera que si bien en los delitos de infracción de deber el *extraneus* jamás podrá ser autor, en cuanto no tiene el deber que le sirve de fundamento al tipo penal, sí podrá ser partícipe. En concreto, por ejemplo sobre los delitos de malversación y fraude al fisco, el *extraneus* «siempre puede ser partícipe, pues aunque no resulta competente para infringir directamente la norma penal que emana del artículo 233 o 239, bien se le puede imputar una colaboración en la infracción del deber del funcionario» (Ossandón Widow, 2012b: 76). Así, dado que este deber es secundario, no puede fundamentar ninguna forma de autoría respecto de estos delitos de infracción de deber, aunque el particular tenga el dominio de la situación fáctica; es el funcionario obligado a proteger el patrimonio fiscal quien tiene la competencia primaria, pues a él se dirige la norma penal.

¹² Ya hemos señalado que no necesariamente todo delito especial propio es un delito de infracción de deber.

Por su parte, Van Weezel distingue entre aquellos delitos en que existen *deberes generales* y los que consagran *deberes positivos especiales*. Si bien respecto de los delitos tributarios la calidad de «contribuyente» no es constitutiva de un deber positivo institucional —y en consecuencia es comunicable a un *extraneus*—, de configurarse tal deber positivo, entonces debe regir la incomunicabilidad, por lo que quien no reúne la calidad especial nunca podrá ser sancionado como interviniente en el respectivo delito especial, ni siquiera como inductor o cómplice, sin perjuicio de que eventualmente su conducta se pueda subsumir en algún tipo penal común (Van Weezel, 2007: 118).¹³

Como señalábamos, este desarrollo doctrinal ha tenido hasta el momento escasa aplicación jurisprudencial. Un ejemplo es aquella jurisprudencia que, siguiendo la tesis de Ossandón, dispuso respecto a los particulares:

Si se le sanciona en virtud del delito de infracción de deber, resulta claro que como el *extraneus* no infringe un deber, la pena imponible ha de ser menor que la aplicable al especialmente obligado. Pero, a su vez, no se puede hacer caso omiso del mayor reproche que suponen los supuestos de participación en un delito de esta clase, si se compara con los de participación en un delito de dominio del hecho: colaborar con un funcionario para que sustraiga fondos públicos a su cargo tiene mayor relevancia que colaborar con un particular para que sustraiga bienes de un tercero cualquiera, porque en el primer caso se afecta algo más que la propiedad ajena. En suma, la participación en un delito impropio de infracción de deber supone un mayor injusto que la participación en el correspondiente delito común subyacente, mayor desvalor que también debería verse reflejado en la pena.¹⁴

En consecuencia, en dicho caso los particulares fueron condenados como cómplices del delito de malversación.

13 Como destaca el autor: «La situación del contribuyente se parece, en este sentido, más a la de quien tiene el deber de no lesionar a otro corporalmente —o incluso, si se quiere, de socorrer al que se encuentra en peligro inminente de perecer— que al deber cualificado de un juez de ajustarse a la ley al dictar sentencia» (citado en Balmaceda Hoyos, 2012: 70).

14 Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, RIT 83-2013, 26 de octubre de 2013.

Soluciones normativas en derecho comparado y en Chile

La complejidad de la materia queda demostrada con las distintas alternativas a propósito de la comunicabilidad y con la propia conceptualización de los delitos de infracción de deber, en que incluso ahí se plantean distintas alternativas para el *extraneus* en un delito especial propio, aceptando algunos que pueda intervenir como partícipe (cómplice o inductor), y en cambio otros rechazando tal posibilidad.

Es por ello que en algunos países se han incorporado normas expresas que permiten dar una solución, las que en general apuntan a dar un trato más benévolo al *extraneus* en comparación con quien reúne la calidad especial exigida por el tipo penal.

Por ejemplo, en Alemania, donde se estableció un sistema atenuatorio obligatorio, al disponerse en el párrafo 28.1 del Código Penal alemán lo siguiente: «Características personales especiales: 1) La falta de determinadas características personales en los partícipes (inductor o cómplice), que fundamenten la punibilidad del autor, reducirá la pena en virtud del párrafo 49 inciso primero».

En el caso de España, en virtud de una reforma de 2003, el artículo 65.3 del Código Penal español señala: «Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer a pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate». Es decir, también establece un régimen de atenuación, pero a diferencia del caso alemán, se trata de una rebaja facultativa para el tribunal.

Si bien en Chile no tenemos norma expresa similar de carácter general, sí encontramos regulaciones específicas para determinados delitos. Por ejemplo, a propósito del delito de cohecho, en el artículo 250 de Código Penal se sanciona a:

El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de este o de un tercero, en razón del cargo del empleado en los términos del inciso primero del artículo 248, o para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, inciso segundo, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con



las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.

Es decir, equipara las penas de multa e inhabilitación con el funcionario público, en tanto que, respecto de la pena privativa de libertad, equipara dicha pena cuando el particular ofrece o da un beneficio, pero la disminuye si consiente en el beneficio solicitado por el funcionario público. Otras normas del Código Penal que se han señalado corresponden al artículo 150 A (apremios ilegítimos causados por un particular), el artículo 194 (falsificación de instrumento público cometida por particular) y el artículo 300 (evasión de detenidos por parte de particular) (citados por Balmaceda Hoyos, 2012: 74 y 75).¹⁵

Finalmente, y con todo lo expuesto, no podemos sino coincidir con Balmaceda Hoyos en cuanto a la necesidad de «establecer una regla de determinación de la pena en la parte general, que obligue o faculte al juez a rebajar la pena al sujeto que participa en un delito en que se requiere una calidad especial que este no posee» (Balmaceda Hoyos, 2012: 76).¹⁶

15 La norma original a la que se refería en el caso del delito de torturas correspondía al artículo 150 B, modificado por la Ley 20.968 de 2016, que señalaba: «Al que, sin revestir la calidad de empleado público, participare en la comisión de los delitos sancionados en los dos artículos precedentes». Con todo, con dicha reforma se incluyó al particular en el artículo 150 A, inciso segundo: «La misma pena se aplicará al particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de este, ejecutare los actos a que se refiere este artículo».

16 Cabe señalar que con esto no se agotan los problemas de comunicabilidad y de autoría y participación en materia de delitos vinculados a corrupción. Así, subsisten interrogantes en aquellos casos en que: i) en un delito especial el autor es un *extraneus* y participa accesoriamente el *intraneus*; y ii) existe una autoría mediata, sea de un instrumento no cualificado o cualificado. En detalle sobre estos casos, véase Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: 142 y 143, 151-159).



Capítulo 7

Principales delitos contra la Administración pública que afectan la imparcialidad de la función pública

Explicación preliminar

Existen varias alternativas para ordenar los delitos relacionados con la corrupción en particular: podemos distinguir entre ellos según el sujeto activo (funcionario público en general, funcionario público en específico, particulares), o bien, según su ubicación tanto dentro como fuera del Código Penal. Por otra parte, no es recurrente encontrar en la doctrina una clasificación sobre un aspecto tan amplio, pues muchas veces solo son tratados en forma sistemática los delitos incluidos dentro del título 5 del Libro Segundo del Código Penal.

Sin embargo, algunas clasificaciones distinguen según el interés más en concreto afectado. Así, siguiendo la clasificación de Politoff, Matus y Ramírez (2006), se han distinguido delitos que afectan: i) la probidad administrativa; ii) la confianza pública depositada en los funcionarios; iii) el buen funcionamiento de la Administración; iv) la recta administración de justicia cometidos por los funcionarios públicos; y v) agravios inferidos a los derechos garantizados por la Constitución.¹ El inconveniente es que esta clasificación puede resultar insuficiente, ya que por ejemplo, no comprende delitos electorales. Y si bien dicha insuficiencia se mantiene en la clasificación de Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: segunda parte), esta parece más adecuada para seguir, pues a partir de la función pública distingue entre aquellos delitos que afectan la administración de justicia y la Administración pública, con subclasificaciones dentro de cada grupo.

¹ Superintendencia de Casinos de Juego, «Manual de prevención de delitos funcionarios, lavado de activos y financiamiento de terrorismo», junio de 2016, disponible en <http://bcn.cl/2ucdv>; Ministerio Secretaría General de la Presidencia, «Documento técnico 91: Conceptos generales sobre delitos funcionarios», 10 de enero de 2016, disponible en <http://bcn.cl/2ucdx>.

No obstante, cabe dar tres aclaraciones al respecto. En primer lugar, hemos preferido alterar el orden, a fin de comenzar por aquellos que afectan a la Administración pública, atendida su mayor extensión en el análisis y ocurrencia. En segundo lugar, esta clasificación no debe llevar a confundir lo que hemos señalado en cuanto a que todos los delitos estudiados afectan un interés jurídico común, esto es, la función pública, sin perjuicio de que con esta clasificación se concretizan en aspectos más particulares determinados grupos de delitos. En tercer lugar, si bien no se recogen en este trabajo, también pueden considerarse categorías adicionales para reconocer delitos en leyes especiales, como los delitos electorales.

Más allá del orden seleccionado, también necesitamos referirnos al contenido y desarrollo del estudio de los delitos. Para ello, privilegiaremos aquellas figuras penales más paradigmáticas vinculadas a la corrupción y que, en consecuencia, son más tratadas tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. En el desarrollo mismo de cada figura, nos detendremos en aquellos casos en que más diversidad de opiniones de autores y tribunales es posible encontrar, citando desde luego las fuentes de unos y otros a fin de poder ser consultadas y contrastadas.

Cohecho

Comentarios generales

Sin duda, el cohecho (soborno, coima) como figura general es una de las manifestaciones más representativas de la corrupción, por sobre la malversación o el fraude al fisco incluso. Eso explica, entre otros factores, las diversas reformas legislativas en los últimos veinticinco años a las figuras de cohecho, contenidas en los párrafos 9, 9 bis y 9 ter del título 5 del Libro Segundo del Código Penal. Ya en 1999 la Ley 19.645 modificó el cohecho, terminando con su naturaleza de acuerdo bilateral, y la Ley 19.829 en 2002 amplió la figura al funcionario público extranjero. Luego, la Ley 20.341, de 2009, aumentó las penalidades, lo que también sucedió con la Ley 20.730, de 2014, a propósito de la regulación del lobby. Finalmente, cuatro años más tarde, mediante la Ley 21.121, de 2018, se introdujeron cambios sustantivos en su estructura y penalidad.²

² Cabría agregar la Ley 20.393, de 2009, que «amplió al sujeto activo» en esta figura, al establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica. Más información sobre las reformas en Oliver Calderón (2021: 775-781).

Debido a esas modificaciones, ha sido muy complejo llegar a una definición omnicomprendensiva de cohecho, pues la gran mayoría de las conceptualizaciones no ha sido capaz de incluir el amplio abanico de hipótesis que abarca, ya sea porque lo restringen a la culpabilidad del funcionario público (también lo comete el particular), porque lo condicionan a la entrega de un pago u obtención de un beneficio efectivo (basta la solicitud del funcionario o el ofrecimiento del particular), o bien porque lo vinculan a actuaciones indebidas del funcionario (puede tener por finalidad actos propios del cargo de un funcionario).³

Con base en el ordenamiento jurídico chileno y asumiendo la totalidad de los requisitos legales de la figura, pensamos que el cohecho puede ser definido como:

La conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de este (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 356; a partir de una definición de Oliver Calderón, 2005: 87).

Esta definición se hace cargo, como decíamos, de una de las características del cohecho en la actualidad, que consiste en su *naturaleza unilateral*. En efecto, luego de la modificación introducida por la Ley 19.645 en 1999, ya no se puede sostener —como se defendía hasta ese momento— una estructura bilateral de tal delito, debido a que «para apreciar un delito de cohecho de funcionario dejó de ser necesario que existiera acuerdo entre este y un particular» (Oliver Calderón, 2005: 91).⁴ Esta naturaleza unilateral es una cuestión aceptada pacíficamente en nuestra jurisprudencia luego de la modificación por la Ley 19.645.⁵

Esta característica unilateral tiene plena incidencia a nivel de *iter criminis* en las distintas figuras en que se verifica el cohecho. Sin perjuicio del estudio posterior de las distintas conductas típicas en específico, es claro que basta la realización de cualquiera de ellas para la consuma-

3 Un exhaustivo análisis de los conceptos dados por la doctrina, sobre todo la española, en Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: 353-356).

4 En el mismo sentido Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: 362). Destacable en ese sentido Mañalich (2018).

5 Sentencia de la Corte Suprema, rol 496-2011, 4 de diciembre de 2012; y sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2.735-2010, 24 de enero de 2012.

ción, conductas consistentes por el funcionario público en solicitar o aceptar, y por el particular en dar, ofrecer o consentir. Se trata entonces de un *delito de mera actividad*.

Esto conlleva a excluir la posibilidad de un cohecho frustrado, aunque se discute si lo mismo ocurre con la posibilidad de una tentativa en el cohecho, sin que haya acuerdo en la doctrina chilena.⁶ Por una parte, en nuestro país Matus y Ramírez (2015: 296) consideran que el tipo básico del cohecho del artículo 248 (antes de la reforma de la Ley 21.121) «no puede admitir etapas previas de desarrollo». En contra, Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: 399 y 400) consideran procedente apreciar una tentativa en estos casos, pues las conductas típicas que contempla la ley pueden ser fraccionables. Para ello, mencionan como ejemplo el envío de una carta mediante la cual el funcionario público *solicita* o el particular *ofrece* un beneficio, carta la cual termina por extraviarse o descubrirse durante su envío por un tercero. Estos mismos autores lo entienden aplicable para las conductas de *aceptar* y *consentir en dar*, aunque no vemos impedimento alguno, bajo esta misma lógica, para que pueda darse lo mismo respecto de *dar* un beneficio, que puede ser intentado entregar mediante una encomienda. En resumen, todas estas conductas admiten fraccionamiento y cabe apreciar respecto de ellas la tentativa.

Ahora bien, observan estos últimos autores que, si bien es posible estimar, de acuerdo con nuestro propio sistema, una tentativa punible, distinto es afirmar la justificación de esa punibilidad, atendido el escaso desvalor de esos casos por, citando a Olaizola Nogales, encontrarse demasiado alejada del bien jurídico tutelado.⁷

En efecto, como veremos a continuación, ya las propias conductas típicas del cohecho, que le han dado su carácter unilateral prescindiendo de cualquier tipo de acuerdo, constituyen un adelantamiento en la

6 Tampoco lo hay, por ejemplo, en la doctrina española.

7 «Puede afirmarse que en un delito como el cohecho, en el que se consideran consumadas conductas que desde los principios generales del derecho penal suponen una tentativa (como la conducta de solicitar o la conducta de intentar corromper en el delito de cohecho activo), y que por lo tanto quedan ya bastante alejadas del bien jurídico protegido, las conductas que supongan una tentativa de estas no tendrán el suficiente desvalor para ser castigadas en virtud del principio de fragmentariedad del derecho penal. Quizás pudiera afirmarse que dichas conductas no suponen un ataque del bien jurídico lo suficientemente grave para ser considerado penalmente relevante» (Olaizola Nogales, 1999: 406).

protección de bienes jurídicos, por lo que la tentativa estaría, como se señala, demasiado alejada de ese bien jurídico.

Por último, cabe tener presente que, en relación con las figuras de cohecho, la Ley 21.121 incorporó un nuevo párrafo 9 ter en el título 5, en el que consagró tres normas, que solo mencionaremos, sin perjuicio de la referencia a alguna de ellas al momento de revisar los tipos penales específicos.

Primero, la regla del artículo 251 quater, que regula la pena de inhabilitación de ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que este tenga una participación mayoritaria; o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública. Esta regla es aplicable a cualquier condenado por delito de cohecho, doméstico o extranjero, sea funcionario público o un particular.

Segundo, el artículo 251 quinquies, que es una norma de agravación de la penalidad, para los funcionarios públicos que cometan los delitos de cohecho o exacción ilegal, cuando ocupen altos cargos dentro de la administración, ejerzan jurisdicción o se relacionen con procesos de designación de cargos, de contratación de altos montos, otorgamiento de permisos para actividades económicas o su fiscalización.

Tercero, la regla del artículo 251 sexies, que establece expresamente criterios de adecuación social que ya habían sido reconocidos por la jurisprudencia. La norma establece que no se configura el delito de cohecho en razón del cargo (artículo 248 inciso primero) ni por actos propios del cargo (artículo 248 inciso segundo), ni el soborno asociado a esta figura (artículo 250 incisos segundo y tercero),⁸ ni el soborno a funcionario público extranjero en razón del cargo (artículo 251 bis, primera parte), cuando se aceptan, se dan o se ofrecen «donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación». Volveremos sobre esta figura a propósito del estudio del cohecho en razón del cargo y del análisis sobre el beneficio solicitado o aceptado.

8 Por soborno nos referimos al cohecho por parte del particular.



Bien jurídico protegido en el delito de cohecho

Sin perjuicio de que, como hemos señalado, todo delito de los que se revisan en esta segunda parte, afectan a la *función pública* en cuanto interés jurídico común, en el análisis del delito en particular podemos encontrar específicos intereses tutelados por el legislador, es decir, aspectos más concretos del ámbito de la función pública. En ese sentido, al tratarse del delito de cohecho, el asunto es discutido tanto a nivel comparado como en Chile.⁹

Minoritariamente se ha señalado que en el cohecho el bien jurídico sería «el decoro, el prestigio y el correcto funcionamiento de la Administración pública» (Labatut, 1977: 90). Sin embargo, en particular sobre el decoro y el prestigio, no es posible considerarlo como un bien jurídico fundante de la tipificación, pues pueden existir casos en que el nivel de corrupción sea de tal entidad, que el prestigio de una determinada institución u organismo puede ser escaso, si no inexistente. En tal hipótesis, un mero ofrecimiento de un beneficio indebido de un particular podría ser por completo inidóneo para llegar a afectar ese bien jurídico.

En su mayoría, la doctrina afirma que el bien jurídico protegido es el *principio de imparcialidad* como eje central del correcto funcionamiento de la Administración del Estado (Oliver Calderón, 2021: 789-792; Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 365 y 366; Artaza Varela, 2016: 322). Correctamente se ha señalado:

El concepto de imparcialidad delimita el margen de acción del funcionario a su relación con terceros y precisamente da cuenta de un interés declarado por el Estado que, al menos entre nosotros, se enmarca en el principio de igualdad y la prohibición de toda forma de discriminación arbitraria (Artaza Varela, 2016: 322).

9 Donde se ha discutido no solo cuál es el objeto de tutela, sino también si existe un único bien jurídico protegido, tanto por el cohecho del funcionario como por el del particular, o si, por el contrario, ambas clases de cohecho buscan cautelar intereses diferentes.



Cohecho en razón del cargo (artículo 248, inciso primero)

Se trata de la figura básica de cohecho, que fue introducida por la Ley 21.121, y que se contempla en el inciso primero del artículo 248:

El empleado público que en razón de su cargo solicitare o aceptare un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho, para sí o para un tercero, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en su grado mínimo y multa del tanto del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de veinticinco a doscientos cincuenta unidades tributarias mensuales.¹⁰

Si bien lo distintivo de esta figura consiste en que el beneficio concurre *en razón del cargo*, examinaremos todos los elementos del tipo penal, la gran mayoría comunes a todas las figuras de cohecho.

Conducta

La conducta del funcionario público consiste en *solicitar* o *aceptar* un beneficio. De conformidad con la última edición del *Diccionario de la lengua española*, el término *solicitar* significa: «Pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado», o bien, «pedir algo de manera respetuosa, o rellenando una solicitud o instancia». Por su parte, *aceptar* significa: «Aprobar, dar por bueno, acceder a algo».

Lo relevante es que ambas conductas no deben ser necesariamente expresas, sino que basta cualquier forma idónea de transmitir una solicitud o una aceptación, como lo sería el estirar la mano en el primer caso, o guiñar un ojo o asentir con la cabeza, en el segundo (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 367). Como señalamos, no se requiere en caso alguno que el funcionario reciba algo del particular para que su comportamiento se considere típico.

¹⁰ Para Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: 366), las dos hipótesis del artículo 248, esto es, incisos primero y segundo, constituyen la figura básica de cohecho.



Beneficio económico o de otra naturaleza

En cuanto al beneficio que solicita o acepta el funcionario público, debe en primer lugar tratarse de uno al cual dicho funcionario obviamente no tiene derecho, lo que puede darse tanto respecto de quienes en el ejercicio de sus funciones no pueden cobrar al público por sus servicios —por ejemplo, un agente policial que solicita un pago en los domicilios que tiene asignados en su cuadrante como medida de orden público—; como respecto de quienes, a pesar de estar facultados en general para cobrar por sus servicios, en algunos casos se les prohíbe hacerlo (por ejemplo, un receptor que acepta un pago de parte de quien goza del privilegio de pobreza).

Hasta antes de la modificación de la Ley 21.121, el beneficio podía ser exclusivamente económico, ampliándose entonces con la reforma a beneficios de otra naturaleza.¹¹

En cuanto al beneficio económico, no es necesario que se trate de una cuantía de dinero, pues perfectamente podría consistir en la entrega de un objeto, o incluso en la condonación de una deuda del funcionario, cuyo acreedor es el particular, o de pagar una deuda del empleado. Lo importante es que sea de índole patrimonial, de lo contrario será «de otra naturaleza», lo que influye en la determinación de la pena de multa. Incluso si el beneficio es de índole patrimonial, o referido a una suma de dinero, no es necesario que dicha cuantía se encuentre especificada.¹²

Cabe analizar también si tiene alguna relevancia la cuantía del beneficio económico solicitado o aceptado por el funcionario público, así como el hecho de que consista en atenciones que resultan corrientes en

11 Se ha observado acertadamente que la incorporación de esta segunda variante de beneficio «(de otra naturaleza), produce una distorsión en relación con la figura de exacción ilegal del artículo 241, que solo se refiere al funcionario que *exige* un beneficio, que *solo puede ser económico*» (Oliver Calderón, 2021: 784). El vacío entonces se refiere al caso en que el funcionario *exige* un beneficio de otra naturaleza. Una opción podría ser, planteada por el mismo Oliver Calderón, considerar que quien exige también solicita, por lo que podría eventualmente aplicarse la figura de cohecho del artículo 248 inciso segundo. El inconveniente sería que tendría menor pena que si la exigencia tratase sobre un beneficio económico, lo que por supuesto, como plantea Oliver Calderón, requiere de una corrección legal.

12 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 726-2010, 13 de junio de 2010.

la vida social. A raíz de esto, la Ley 21.121 incorporó el artículo 251 sexies, que dispone lo siguiente:

No será constitutivo de los delitos contemplados en los artículos 248, 250, incisos segundo y tercero, y 251 bis aceptar, dar u ofrecer donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.

Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará respecto del delito contemplado en el artículo 251 bis cuando se ofreciere, prometiére, diere o consintiere en dar a un funcionario público extranjero un beneficio, para que omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo.

Antes de analizar el contenido de esta norma en relación con el término *beneficio*, cabe tener presente que esta regla solo se aplica en los delitos de cohecho en razón del cargo y cohecho por acto propio del artículo 248, al cohecho del particular en relación con el artículo 248, y en el cohecho a funcionario público extranjero (en la medida que no se trate de la hipótesis vinculada a obtener del funcionario extranjero que omita o ejecute un acto con infracción a los deberes de su cargo, o bien por haber omitido o ejecutado ese tipo de actos). De manera que no es aplicable a los cohechos pasivos vinculados a la infracción de deberes, al tráfico de influencias o vinculado a la comisión de otro delito, tipificados en los artículos 248 bis y 249 del Código Penal. De igual forma, tampoco rige esta excepción en los delitos de cohecho del particular del artículo 250 incisos cuarto y quinto del mismo Código.

Por otra parte, es preciso advertir que el inciso primero no considera las hipótesis de solicitar o consentir.¹³ Al no haber una fundamentación sistemática para dicha exclusión, compartimos que:

El hecho de que tal disposición solo aluda a los comportamientos de aceptar, dar u ofrecer donativos en ciertos casos basados en consideraciones de adecuación social e insignificancia, no impide excluir el delito cuando las conductas de solicitar o consentir en dar donativos se basan en las mismas consideraciones (Oliver Calderón, 2021: 793).

13 Este último término sí se considera en el inciso segundo de la norma, donde precisamente se señala en qué casos no es aplicable, a pesar de que carece de sentido excluirlo, toda vez que no fue mencionado antes.



Ahora bien, al analizar en detalle el contenido de esta norma, su introducción obedece a la consideración de criterios de adecuación social, en virtud de la cual el artículo comprende dos situaciones.

La primera situación, de normal ocurrencia, está referida a *donativos oficiales o protocolares*, en los que a veces un funcionario puede recibir un obsequio en el marco de una visita oficial, que puede consistir en objetos o artículos impersonales, o bien de consumo personal —una botella de vino, por ejemplo—. Si bien los términos pueden ser bastante amplios y requerirán ser desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, el Ministerio Público ha señalado:

Se considerarán como donativos oficiales aquellos regalos que se reciben o entregan por detentar un cargo o función pública, y que se hacen en el marco de las relaciones interinstitucionales de dos o más organismos o servicios públicos (en un sentido amplio). Por su parte, se entenderá por donativos protocolares aquellos que se reciben o entregan como parte de los ceremoniales diplomáticos o internacionales establecidos por la costumbre.¹⁴

La segunda situación apunta más bien a la baja cuantía vinculada a la costumbre: por ejemplo, en nuestro país suelen entregarse sumas de dinero a título de propinas o agradecimiento; o, en época de Navidad, regalos que reciben ciertos funcionarios públicos por parte de los directos beneficiarios de sus servicios (carteros, basureros, etcétera). Como señalan Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: 371), es evidente que estos regalos se hacen por haber ejecutado los actos propios del cargo del empleado en el año que termina y para que se los siga ejecutando el año siguiente —sin perjuicio de que pueda existir también una auténtica motivación solidaria—, con lo cual las exigencias del tipo parecerían estar satisfechas, pero no por eso puede defenderse la procedencia del castigo de estas conductas, máxime con la introducción expresa de este artículo, aun cuando este criterio ya había sido recogido por nuestra jurisprudencia.¹⁵ Sobre este segundo criterio, el Ministerio Público ha señalado en relación con el concepto de regalo que autoriza la costumbre como manifestación de cortesía y buena educación, que

¹⁴ Ministerio Público, «Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de corrupción», 10.

¹⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 370-2010, 16 de diciembre de 2010. A raíz de esta sentencia, en detalle: García Palominos (2019a).

«se trata de aquellos que se entiende parte de los usos sociales, como los que se entregan con motivo del cumpleaños de una persona o de alguna celebración reconocida en la comunidad», en tanto que «el valor comercial del regalo debe ser de “escaso valor económico”». ¹⁶ Ello significa que estamos en presencia de un bien de poca estimación económica, y si bien resulta complejo fijar un límite exacto, debe efectuarse el análisis de si existe o no un delito de cohecho caso a caso, y dependiendo de la situación concreta. Sobre este último aspecto, es relevante tener presente que no siempre la escasa cuantía por sí sola conlleva a una situación de atipicidad, toda vez que «no solo porque en situaciones de apremio económico un funcionario puede acceder a los requerimientos de un particular aun frente a ofrecimientos de bajísima cuantía, sino también porque así lo reclama una adecuada protección del bien jurídico» (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 372).

En razón del cargo

Sin duda, la incorporación de esta figura en el inciso primero del artículo 248 del Código Penal constituye una de las principales innovaciones de la reforma de 2018, al tipificar por primera vez en nuestro país el cohecho sin vincular el beneficio a una contraprestación anterior o posterior de parte del funcionario.

Las razones de la incorporación de esta figura, que no se incluía en el inicio de la tramitación de la Ley 21.121, obedecen básicamente a dos niveles. Un primer nivel consiste en postulados doctrinales (Hernández Basualto, 2016) que recomendaban la inclusión de esta figura para subsumir nuevas manifestaciones de la corrupción, en particular en aquellos casos en que se entregan periódicamente beneficios a funcionarios aprovechando su poder decisorio en general, es decir, para tenerlo a disposición para cuando pueda ser requerido, por ejemplo, y no para la realización inmediata de un acto concreto. Por lo demás, esta figura ya había sido recogida ampliamente en la experiencia comparada a través de distintas expresiones. ¹⁷ Por otra parte, es innegable que también pe-

¹⁶ Ministerio Público, «Instrucción...», 11.

¹⁷ Por ejemplo, en Alemania, parágrafos 331 y 333: «Por el ejercicio del cargo»; Suiza, artículos 332 quater y quinquies: «En atención al ejercicio del cargo»; Austria, parágrafos 306 y 307b: «En su actividad como funcionario»; Portugal, artículo 372: «En el ejercicio de sus funciones o a causa de ellas»; Italia, artículos 318 y 321: «Para

saron factores contingentes, pues se habían conocido casos vinculados a corrupción en los cuales al final no fue posible dar por configurado el cohecho, pues a pesar de haberse acreditado el beneficio, no ocurría lo mismo respecto de la contraprestación del funcionario, lo que motivó una decidida participación del Ministerio Público durante la tramitación legislativa de la Ley 21.121 en cuanto a consignar una figura «sin contraprestación».

Ahora bien, el principal desafío es delimitar los contornos de esta figura, toda vez que antes de la reforma ya existía un ilícito administrativo que cubría estos casos. En efecto, el artículo 62 numeral 5 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, establece como infracción al principio de probidad administrativa el «solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza».

Entonces, a fin de evitar que la norma penal abarque toda infracción de esta naturaleza, lo que equivaldría a una derogación tácita de la infracción administrativa, deben determinarse algunos criterios de distinción. Una de las propuestas consiste en que, a propósito del artículo 248, «se deberá exigir un contexto objetivo determinado y un nivel de conocimiento del contexto que permita imputar una deslealtad a la norma de conducta que “prohíbe comercializar la función pública”», y agrega que «deben existir pendientes gestiones potenciales en favor del privado susceptibles de manifestar deslealtad o desviación institucional» (García Palominos, 2019b). Sin embargo, esta exigencia pareciese ir más allá del tipo penal, pues la mera exigencia de que el beneficio sea en razón del cargo no puede conllevar una implícita exigencia de que, en razón de ese cargo, existan gestiones pendientes en favor del particular. Aquello llevaría casi a reconducir la figura a la relación con actos propios del cargo, que no requerirían probarse ahora con la modificación, pero, en caso de no existir, permitirían la exclusión de la figura. Esto transformaría la reforma de la Ley 21.121, en el primer caso, solo en el levantamiento de una exigencia probatoria, cuestión que precisamente se quiso evitar

el ejercicio de sus funciones o poderes»; España, artículos 422 y 424: «En consideración a su cargo o función»; y Argentina, artículo 259: «En consideración a su oficio» (Guzmán Dalbora, 2022: 118, n. 229).



durante su tramitación.¹⁸ En el segundo caso, la acreditación de la falta de gestiones pendientes haría prácticamente inaplicable esta figura.

Otros criterios han sido propuestos por Oliver Calderón (2021: 788-790), quien parte de la base de que, pese a la reforma, el bien jurídico en concreto tutelado en todas las figuras de cohecho sigue correspondiendo a la imparcialidad en el correcto desempeño de la función pública y, en consecuencia, en todos aquellos casos en que, a pesar de la solicitud o aceptación de un beneficio económico o de otra naturaleza, no se afecte dicho bien jurídico, el hecho entonces no sería punible pero sí sancionable administrativamente.¹⁹ Pero Oliver Calderón ofrece dos criterios adicionales, basados en razones de texto, que son importantes de destacar.

Uno dice relación con la posibilidad que puede existir en un caso concreto, de incidir por parte del funcionario, en los intereses del particular. Para ello, analiza que la Ley 21.121 también tipificó, como modalidad de cohecho a funcionario público extranjero (artículo 251 bis), el

18 Durante la discusión parlamentaria, se señaló en la Comisión Mixta que, a propósito de esta figura, «más allá de las loables intenciones de los autores de esta proposición, la formulación considerada tiene problemas. En primer lugar, se observa que su inclusión se debe nada más que a un problema procesal del persecutor la falta de la prueba de la contraprestación, y no a un requerimiento sustantivo de la legislación penal, por lo que en la práctica su única utilidad será apoyar las investigaciones débiles y generar un incentivo perverso para que toda la persecución penal por estos ilícitos se haga por esta vía». También se planteó que «el propósito de los autores de estas proposiciones es solucionar un problema de prueba que parece presentarse a menudo al Ministerio Público, relativo a la necesidad de acreditar en el juicio la contraprestación, y en buena medida estas formulaciones recurren en auxilio de esta deficiencia de la investigación». Informe de la Comisión Mixta, 22 de octubre de 2018, Boletín 10.739-07, pp. 211 y 213-214, disponible en <https://bit.ly/44nP1F2>.

19 El autor menciona como ejemplo —mirándolos desde el cohecho del particular en relación con el artículo 248 inciso primero— el caso de un millonario filántropo que ofrece a todos los funcionarios públicos del país que, por encontrarse asignados al último grado de la Escala Única de Sueldos de la Administración pública, reciben una remuneración baja, una cantidad importante de dinero por una sola vez y al mismo tiempo para todos, en reconocimiento a la abnegada labor que ejercen. O bien, el caso de una persona que siente una especial atracción sexual por quienes ejercen determinados cargos en la Administración del Estado, solo por ejercerlos, por lo que les envía mensajes ofreciéndoles relaciones sexuales. En ambos casos, señala el autor, las exigencias típicas del soborno asociado al artículo 248 inciso primero estarán satisfechas, pues se estará ofreciendo un beneficio a funcionarios públicos en razón de sus cargos, a pesar de que tales conductas no parecen mostrarse portadoras de lesividad para el bien jurídico que usualmente se estima atacado en el cohecho.

cohecho del particular *en razón del cargo*, pero añadiendo la exigencia subjetiva de que el ofrecimiento, promesa, dación o consentimiento en dar el beneficio se realice «con el propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales o de una actividad económica desempeñada en el extranjero». Esta exigencia sugeriría que es necesario que exista la posibilidad objetiva de que el funcionario extranjero pueda incidir en los intereses particulares de quien intenta sobornarlo. Oliver Calderón señala no advertir razones sólidas para afirmar que esta posibilidad de incidencia en los intereses particulares no deba estar presente también en la figura de cohecho en razón del cargo, máxime si se tiene presente la existencia del referido ilícito administrativo contra la probidad (artículo 62 numeral 5 de la Ley 18.575), cuyos contornos conviene separar del nuevo ilícito penal (Oliver Calderón, 2021: 790 y 791). Entonces, de no existir la posibilidad objetiva de incidencia, no sería aplicable el artículo 248, pero sí la infracción administrativa. Sin embargo, cabe advertir que en el artículo 250 bis expresamente la ley orienta el beneficio hacia un propósito (la esperada contraprestación); en cambio, en el artículo 248 no existe a nivel típico la consideración de ninguna contraprestación, ni aún como mera expectativa, sino solo el fundamento de estar ejerciéndose un cargo, por lo cual la imposibilidad de incidencia del funcionario se considera insuficiente para lograr excluir la aplicación de esta figura.

El otro criterio que menciona Oliver Calderón, y que en su opinión confirma el anterior, se relaciona con la comparación de los textos del artículo 251 sexies y el inciso segundo del numeral 5 del artículo 62 de la Ley 18.575. Así, mientras el primero exceptúa, como vimos, «donativos oficiales o protocolares, o *aquellos de escaso valor económico* que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación», el segundo exceptúa «donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación». Entonces, la principal diferencia entre ambas disposiciones se encuentra en la exigencia, para excluir el delito, de que los donativos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación sean *de escaso valor económico*, exigencia que no se formula para excluir el ilícito administrativo. De ello puede colegirse, según Oliver Calderón, que el criterio para distinguir el delito de la infracción administrativa es la posibilidad de incidencia en los intereses particula-

res y, en consecuencia, el peligro para el principio de imparcialidad. La exigencia, para excluir el delito, de que el valor económico sea escaso demostraría que el núcleo del injusto penal radica en la potencialidad del comportamiento para afectar el mencionado principio. La pura infracción del principio de probidad solo permite configurar el ilícito administrativo (Oliver Calderón, 2021: 791). Sin embargo, creemos que la diferencia de los textos, bien apuntadas por Oliver Calderón, permite llegar a una conclusión más simple, consistente en que en aquellos casos en que el donativo es de escaso valor económico pueden expresamente ser excluidos como ilícitos penales en virtud del artículo 251 sexies del Código Penal, pero no necesariamente del artículo 62 de la Ley 18.575. Ello permite darle un sentido a la diferencia de redacción en concordancia con la diferenciación conceptual del injusto en sede penal y administrativa.²⁰

Como es posible advertir, la aún reciente modificación que incorporó esta figura requiere ser desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia, y de ahí que sean destacables estas primeras aproximaciones en la búsqueda de criterios delimitadores de esta figura, que le confieran una real autonomía, tanto respecto del ilícito administrativo como del inciso segundo del artículo 248, que analizaremos a continuación, pues lo importante es evitar instaurar «una mera infracción moral lesiva para el prestigio y confiabilidad de la institución» que termine «por diluir el significado social y material del concepto de cohecho» (García Palominos, 2019b: 137).

Cohecho por acto propio (artículo 248, inciso segundo)

El inciso segundo del artículo 248 del Código Penal señala:

El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado medio y multa del tanto al duplo

20 Por ello, no es efectivo que la regla permisiva de exclusión que hemos comentado se trate de «una norma exactamente igual en sede penal y administrativa», como se señala en Torres Figueroa (2019: 66).

de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales.

Hasta antes de la reforma de la Ley 21.121, se trataba de la figura básica de cohecho, pasando entonces a ser la segunda modalidad, en orden de gravedad ascendente. Si bien comparte algunos puntos comunes con la figura base recién estudiada, presenta dos diferencias fundamentales a nivel de tipicidad objetiva que analizaremos a continuación, dando por reproducido en lo demás todo lo expuesto a propósito de la figura básica.²¹

Mayores derechos de los que están señalados por razón del cargo

Si bien la figura que analizamos contempla como hipótesis la solicitud o aceptación de un beneficio, tal como se incluye en el inciso primero, aquí se agrega una segunda hipótesis, que opera por exceso en lugar de improcedencia, es decir, aplicable a todos los casos en que los funcionarios están facultados para cobrar una suma de dinero por el servicio que prestan al público. Así ocurre, por ejemplo, con funcionarios del Servicio de Registro Civil e Identificación,²² los notarios, conservadores, archiveros y receptores. Estos funcionarios solo pueden cobrar los montos establecidos en sus respectivos aranceles, por lo que incurrir en el delito de cohecho si solicitan o tan solo aceptan sumas superiores.

Para ejecutar o por haber ejecutado un acto relacionado con el cargo

Esta exigencia típica es la diferencia sustancial en relación con la figura básica del inciso primero, pues necesariamente el beneficio debe solicitarse o aceptarse por o para la ejecución de un acto.

21 Al tratarse de una figura penal distinta del artículo 248 inciso primero, bien pudo establecerse en un artículo distinto. No obstante, durante la tramitación del proyecto de ley en el cual se incorporó el tipo básico antes estudiado, se optó por mantenerla en el mismo artículo, pasando a ser un inciso segundo, debido al gran volumen de referencias a este artículo que podían existir en nuestra legislación desde otras normas tanto dentro como fuera del Código Penal.

22 Dependiendo de la modalidad, podría verificarse una malversación de caudales públicos.



Un primer aspecto a destacar es que existe consenso en que necesariamente a nivel subjetivo la figura exige dolo directo, pues resulta incompatible con el dolo eventual, ya que solo de quien obra con dolo directo puede decirse que pide o acepta algo *para* realizar una acción o *por* haberla realizado (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 377).²³

El segundo aspecto que se deriva de esta exigencia típica consiste en que el acto del funcionario puede ser anterior o posterior a la solicitud o aceptación, aunque siempre debe ser en razón de ese acto.²⁴

Acto propio del cargo

Este tercer elemento típico que distingue a la figura está relacionado con el anterior. Es decir, la solicitud o aceptación del beneficio debe relacionarse con una ejecución anterior o posterior de un acto, pero no cualquiera, sino que debe ser un *acto propio del cargo*.

Como señalan Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: 377), si bien en la doctrina española existe una extensa discusión sobre una interpretación amplia o restrictiva de los actos relacionados con el cargo, aquello no es extrapolable a nuestra legislación, toda vez que en el caso español la exigencia típica consiste en *actos relativos al ejercicio del cargo*, expresión más amplia que la utilizada en nuestro artículo 248, que alude a los actos propios del cargo. Por ello, correctamente señalan que no sería típica la conducta de la persona que, desempeñándose como guardia de una municipalidad, solicita o acepta un beneficio económico para destruir un expediente de sumario administrativo instruido en contra de otro empleado municipal, toda vez que este acto no se encuentra dentro de su esfera de competencia.

23 Los autores refieren también la doctrina española en referencia a su Código Penal, que presenta similitudes con el caso chileno. A nivel de jurisprudencia también se ha reconocido: por ejemplo, aunque referente al artículo 248 bis del Código Penal, sentencia de la Corte Suprema, rol 5.898-2008, 26 de enero de 2008.

24 De ahí la clasificación ampliamente aceptada por la doctrina sobre cohecho antecedente (se solicita o acepta el beneficio para la ejecución posterior de un acto) y cohecho subsiguiente (se solicita o acepta el beneficio por la ejecución posterior de un acto).



Cohecho por infracción de deberes (artículo 248 bis)

El artículo 248 bis señala:

El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo y, además, con las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo y multa del duplo al cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales.

Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de este una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos, perpetua, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente.

Se trata, en orden agravatorio ascendente, de la tercera figura de cohecho, que se caracteriza por abarcar casos en que la solicitud o aceptación del beneficio se refiere a conductas que se apartan de un acto propio de su cargo. Ello explica la agravación de la pena, pues sumado al injusto representado por la solicitud o aceptación de un beneficio, este se relaciona con la ejecución de actos que infringen los deberes del cargo.

Como se comprenderá, al ser el fundamento del beneficio una *infracción de deberes del cargo*, que analizaremos en detalle más adelante, aquí no caben las consideraciones de adecuación social por la entrega de obsequios protocolares o de escaso valor, por lo que acertadamente el artículo 251 sexies excluye en este caso en forma expresa su aplicación.

El carácter de antecedente o subsecuente respecto del beneficio en relación con la conducta, y el contenido del término *acto propio del cargo* aquí otra vez se incluyen, por lo que aplican las mismas consideraciones ya señaladas. En igual sentido, también la formulación típica, expresada en «para omitir o por haber omitido» o «para ejecutar o por haber ejecutado un acto», conducen necesariamente a la exigencia de un dolo

directo tanto respecto de la solicitud como de la aceptación, lo que ha sido recogido por la jurisprudencia.²⁵

Ahora bien, en cuanto al contenido de las infracciones de deber, cabe tener presente, en primer lugar, que si la acción o la omisión que se busca de parte del funcionario constituye a su vez alguno de los delitos previstos en el párrafo 4 del título 3 o en el mismo título 5 del Libro Segundo del Código Penal, la situación queda cubierta expresamente por el artículo 249, que estudiaremos a continuación. Pero esto solo ocurre si estamos ante un cohecho antecedente, porque el artículo 249 alude a la solicitud o aceptación del beneficio económico *para* cometer alguno de los señalados delitos ministeriales y no al caso en que se lo pida o acepte *por* haberlo cometido, caso en el cual se aplicaría el artículo 248 bis.

Dada la alusión expresa a la infracción de deber, para analizar la tipicidad de la conducta es necesario considerar la regulación que rige para el funcionario en el desarrollo de sus funciones, regulación que puede contenerse en distintas normas legales y reglamentarias, lo que convierte esta norma en una ley penal en blanco. Sin embargo, tal dispersión es perfectamente legítima si consideramos la regulación de la función pública. Así lo ha reconocido la jurisprudencia al condenar al funcionario público que «transgredió precisamente lo preceptuado *en diversos cuerpos legales y reglamentarios* a los que debía someter su actuación funcionaria».²⁶ Sin embargo, se discute si basta la referencia a deberes generales de la probidad administrativa. En ese sentido, se ha señalado que «la frase “infracción a los deberes de su cargo” supone aislar ese deber, singularizarlo, individualizarlo, denominarlo con miras a su identificación», con lo cual no se admitirían incumplimientos genéricos del deber de probidad, sino infracciones a normas específicas atinentes al cargo.²⁷ Esa postura jurisprudencial ha sido también validada por Artaza Varela, quien considera, a la luz del concepto de corrupción que se vincula con un abuso del poder decisorio que ostenta el funcionario en razón de su cargo, que no es posible dar en esta figura un alcance amplio a la infracción de deberes. Así, señala:

²⁵ Sentencia de la Corte Suprema, rol 1.176-2016, 12 de diciembre de 2016.

²⁶ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, RIT 311-2016, 29 de diciembre de 2016.

²⁷ Sentencia de la Corte Suprema, rol 2.560-2013, 13 de junio de 2013. Un comentario crítico a esta sentencia en Oliver Calderón (2016).

Para que estemos frente a un acto de corrupción se debe constatar que se trata de un acto del agente en el marco de sus funciones de representación, y no de aquellas en que, si bien actúa en forma incompatible con los intereses de la institución a la que pertenece, no lo hace a través de un abuso de su esfera de competencias específica [...]

Un funcionario puede actuar en forma incompatible con ciertos intereses institucionales, por ejemplo, de lealtad o de corrección, a través de un aprovechamiento de las condiciones aparejadas a su calidad, sin que al mismo tiempo esté abusando de su poder decisorio. Si bien es cierto que tales deberes de probidad obligarían a todos los funcionarios, su afectación solo sería relevante una vez que se constata que el funcionario actuaba como representante, y no como mero externo que se aprovecha de determinada situación de facto para llevar a cabo la conducta en particular (Artaza Varela, 2016: 327).²⁸

Sin embargo, debe reconocerse que se trata de un tema aún debatido por la jurisprudencia y la doctrina, pues a diferencia del fallo recién citado, antes la jurisprudencia había considerado que, en relación con las normas que regulan los deberes del cargo:

Pueden estar situadas en textos normativos tan diversos como una ley, un reglamento, un instructivo, una circular, etcétera. Contra lo que pudiera creerse, esta infracción de deberes del cargo del funcionario no solo se puede presentar en el ejercicio de su actividad reglada, sino también dentro de su actividad discrecional. Particularmente, esto último puede tener lugar cuando el acto discrecional que realiza importa una desviación o un exceso del poder que se le ha conferido.²⁹

Más allá de esta indefinición sobre los contornos de la infracción de los deberes del cargo, sí el inciso segundo del artículo 248 bis se encarga de precisar una situación específica de esta hipótesis, que consiste en

²⁸ Bajo este concepto, el siguiente ejemplo que menciona Artaza Varela no quedaría cubierto por la infracción de deberes del cargo: «Un funcionario que no es competente del resguardo de la información confidencial de un servicio público aprovecha su condición de tal y obtiene tal información para entregársela a un tercero a cambio de una suma de dinero que le ofreció con anterioridad. En este caso el sujeto ejecuta una conducta indebida que, si bien no corresponde a su ámbito de competencia específico, habría sido facilitada por su condición de empleado público».

²⁹ Sentencia de la Corte Suprema, rol 496-2011, 4 de diciembre de 2012.



solicitar o aceptar el beneficio económico para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, y esta infracción consiste «en ejercer influencia en otro empleado con el fin de obtener de este una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado», caso en el cual se aumenta la pena de inhabilitación. Si bien se ha entendido que lo que se hace es incorporar aquí la figura del artículo 240 bis, conocida como *tráfico de influencias* (Matus y Ramírez, 2015: 296), existe una leve diferencia, toda vez que en el cohecho del artículo 248 bis la persona favorecida con la decisión del funcionario puede ser cualquiera (un tercero interesado), mientras que en el tráfico de influencias se exige que la persona beneficiada con la decisión del empleado sea el propio funcionario que ejerce influencia o alguna de las personas vinculadas con él, mencionadas en los incisos segundo y final (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 386).

Cohecho por crímenes o simples delitos (artículo 249)

El artículo 249 dispone:

El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este título, o en el párrafo 4 del título 3, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y multa del cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de ciento cincuenta a mil quinientas unidades tributarias mensuales.

Las penas previstas en el inciso anterior se aplicarán sin perjuicio de las que además corresponda imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate.

Aquí encontramos finalmente la modalidad más grave de cohecho, toda vez que el beneficio solicitado o aceptado se relaciona con la comisión de delitos especiales cometidos por funcionarios públicos y, en este caso, a ser cometido o por ser cometido por el mismo funcionario público que solicita o acepta el beneficio.

En cuanto a las conductas típicas de solicitar y aceptar, el contenido del beneficio y la exigencia de dolo directo, no hay variación alguna en esta figura. Desde luego, al igual que respecto de la figura agravada



del artículo 248 bis, no proceden exclusiones basadas en criterios de adecuación social, y en consecuencia resulta expresamente excluida esta figura de la norma del artículo 251 sexies.

Uno de los aspectos más criticados en esta figura, y que no fue subsanado por la Ley 21.121, consiste en que la figura solo contempla el caso en que se solicite o acepte el beneficio económico *para* cometer un delito funcionario, es decir, solo el cohecho antecedente, y no en el caso en que se lo pida o acepte por haberlo cometido (Oliver Calderón, 2021: 786). Tal como ha señalado la doctrina (Matus y Ramírez, 2015: 298), esto conduce a que resulta más grave la conducta del empleado que solicita o acepta un beneficio económico por haber ejecutado un acto propio de su cargo, en razón del cual no le están señalados derechos, o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, que el comportamiento del funcionario que solicita o acepta un beneficio económico *por* haber cometido un delito funcionario. Esta conducta resultaría impune por atípica, salvo que en el caso concreto pueda considerarse que, al cometer el empleado un delito funcionario, ha ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo que detenta o ha incurrido en una omisión de un acto debido propio de su cargo, en cuyo caso es aplicable el artículo 248 bis.³⁰

Sin embargo, la reforma de 2018 sí vino a solucionar un aspecto que era ampliamente criticado. En efecto, hasta antes de la Ley 21.121, este artículo no contemplaba una pena privativa de libertad, sino solo una inhabilitación para cargos u oficios públicos y una multa, a menos que el funcionario cometiera el concreto delito funcionario. En cambio, el artículo 250, para el cohecho del particular asociado al artículo 249, sí preveía una pena privativa de libertad, lo que producía el absurdo de castigar con más severidad al particular que al funcionario.³¹ La Ley 21.121 vino a poner fin a este problema, al contemplar expresamente la pena de cárcel para la figura agravada de cohecho del artículo 249. Con todo, se ha reparado que se han generado nuevos problemas penológicos, toda

30 En este sentido, Mañalich (2018: 108), para quien siempre sería aplicable en estos casos el artículo 248 bis.

31 Para evitar este problema, un sector de la doctrina nacional proponía una interpretación restrictiva del artículo 250, que permitiera concluir que la pena privativa de libertad que este contemplaba para el particular que ofrecía o consentía en dar un beneficio a un empleado para que cometiera ciertos delitos funcionarios solo se aplicara si el empleado en efecto cometía el delito funcionario.

vez que la pena privativa de libertad incorporada es igual a la del artículo 248 bis, en circunstancias de que debiese ser considerada más grave la figura que ahora estudiamos del artículo 249, lo que el propio legislador reconocería al diferenciar en gravedad las penas de multa e inhabilitación (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 391).

Cohecho del particular (soborno)

Figura básica del cohecho del particular (artículo 250)

Esta figura, contemplada principalmente en el artículo 250, dispone:

El que *diere, ofreciere o consintiere en dar* a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de este o de un tercero, en razón del cargo del empleado en los términos del inciso primero del artículo 248, o para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, inciso segundo, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las *mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones*.

Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en razón del cargo del empleado público en los términos del *inciso primero del artículo 248*, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en relación con las acciones u omisiones del *inciso segundo del artículo 248*, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, en el caso del *beneficio dado u ofrecido*, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del *beneficio consentido*.

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

Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el *artículo 249*, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado



máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, en el caso del *beneficio dado u ofrecido*, o con reclusión menor en sus grados medio a máximo, en el caso del *beneficio consentido*. Las penas previstas en este inciso se aplicarán sin perjuicio de las que además corresponda imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate.

En términos simples, la lógica de este artículo radica en sancionar al que *da, ofrece, o consiente en dar* a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de este o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones previstas en los artículos 248, incisos primero y segundo, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas.

Es posible de replicar aquí varios aspectos vistos a propósito del cohecho por parte del funcionario público. En particular, la naturaleza del beneficio y la exigencia de dolo directo, además desde luego de las razones que fundamentan el beneficio en cada una de las figuras (razón del cargo, acto propio del cargo, infracción de deberes y comisión de determinados delitos).

Es importante tener presente que las conductas de *consentir en dar* y *ofrecer* no constituyen actos formales ni tampoco requieren la materialización de una entrega efectiva o la determinación de una cuantía exacta de dinero, por ejemplo.³²

Sin embargo, respecto de *dar*, debe mencionarse que esta hipótesis conductual fue introducida recién por la Ley 21.121, como un tercer verbo rector alternativo. Su inclusión vino a cubrir un importante vacío, pues si bien la Ley 20.341, que modificó el tipo de cohecho a funcionario público extranjero, incorporó en esta última figura, como verbos rectores alternativos a los que ya contemplaba (*ofrecer* y *consentir en dar*), los de *prometer* y *dar*, no ocurrió lo mismo respecto del llamado cohecho doméstico. Si bien la falta de correspondencia del verbo *prometer* podía ser suplida con el verbo *ofrecer*, no podía ser cubierta de manera alguna la conducta de *dar*, pues es perfectamente posible dar un beneficio sin haberlo ofrecido antes, como ocurriría, por ejemplo, si se depositara una suma de dinero en la cuenta corriente bancaria de un funcionario, a través de una transferencia electrónica, sin antes comunicárselo. En un caso así no se está ofreciendo nada, sino que se

³² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2.735-2010, 24 de enero de 2012.



está entregando algo, razón por la cual la reforma solucionó este vacío (Oliver Calderón, 2021: 782).³³

Por último, en términos penológicos, se aplica al particular las mismas penas de multa e inhabilitación que respecto del funcionario público según la figura específica de cohecho que se trate. Pero en cuanto a la pena privativa de libertad, se distingue: en cuanto a las conductas de dar u ofrecer, tiene las mismas penas privativas de libertad que corresponden al funcionario; en cambio, en cuanto a consentir, la pena privativa de libertad en cada uno de los casos está rebajada en un grado, lo que es indicativo de que la ley entiende que el injusto del particular es menor cuando consiente frente a la solicitud del funcionario, que cuando toma la iniciativa a través del ofrecimiento o derechamente la entrega del beneficio. Con todo, es cuestionable, dado el deber que pesa sobre el funcionario, que en la mayoría de los casos las penas para el particular y el funcionario sean las mismas en intensidad.

Figura privilegiada de cohecho del particular (artículo 250 bis)

El artículo 250 bis dispone:

En los casos en que el delito previsto en el artículo anterior tuviere por objeto la realización u omisión de una actuación de las señaladas en los artículos 248 o 248 bis que mediere en causa criminal a favor del imputado, y fuere cometido por su cónyuge o su conviviente civil, por alguno de sus ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, por un colateral consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive, o por persona ligada a él por adopción, solo se impondrá al responsable la multa que corresponda conforme las disposiciones antes mencionadas.

Esta figura sanciona con penas más benignas (solo con multa) el cohecho del particular cuando tiene por objeto la realización u omisión de una actuación de las previstas en los tipos básico o agravado de cohecho del funcionario de los artículos 248 o 248 bis, que medie en una causa

³³ El autor señala que «una cosa distinta es que, antes de esta ley, en cualquier causa penal por soborno, la comprobación de un comportamiento consistente en dar un beneficio a un funcionario, haya podido servir para inferir su previo ofrecimiento o la acción de haber consentido en darlo, únicas conductas del particular que eran típicas para efectos de este delito».



criminal a favor del imputado y sea cometido por su cónyuge o por ciertos parientes.

Lo cierto es que no es claro cuál es el fundamento de esta atenuación. Para Etcheberry (2010: 259), se basaría en la admisión de ciertos principios de la concepción normativa de la culpabilidad y de la no exigibilidad de otra conducta. Sin embargo, si así fuese, no se entendería entonces por qué el artículo 250 bis omitió la hipótesis en que el sobornante es el propio imputado o acusado. De hecho, no se constata ninguna referencia expresa a razones de afectividad u otras análogas que deban unir al sobornante con la persona favorecida con su conducta, lo que llevaría a afirmar que la atenuación no se funda en razones afectivas, sino en razones político-criminales destinadas a proteger la institución de la familia. Esto permitiría entender la figura como una excusa legal atenuante, que no dice relación con alguno de los elementos del delito, sino con su punibilidad, como lo ha entendido alguna jurisprudencia.³⁴

Como señalan Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: 391), la determinación del fundamento de la atenuación de pena en este caso tiene importantes consecuencias en un posible error de tipo, referente a la concurrencia de la relación conyugal o de parentesco. Si se entiende que es una excusa legal atenuante, en caso de concurrir efectivamente el nexo exigido entre el autor del hecho y la persona imputada o acusada en una causa criminal, será aplicable el artículo 250 bis del Código Penal, aun cuando el sujeto activo ignore la existencia de dicho vínculo. En cambio, si el fundamento de la atenuación se encuentra dentro de la culpabilidad, no es procedente la aplicación de esta figura, debiendo responder por el tipo básico del artículo 250 del Código Penal.

Cohecho a funcionario público extranjero (artículo 251 bis)

El artículo 251 bis dispone:

El que, con el propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales o de una actividad económica desempeñada en el extranjero, ofreciere, prometiére, diere o consintiere en dar a un funciona-

³⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 726-2010, 21 de junio de 2010.



rio público extranjero un beneficio económico o de otra naturaleza en provecho de este o de un tercero, en razón del cargo del funcionario, o para que omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado, un acto propio de su cargo o con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo y, además, con multa del duplo al cuádruplo del beneficio ofrecido, prometido, dado o solicitado, e inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales.

Los bienes recibidos por el funcionario público caerán siempre en comiso.

La Ley 19.829, de 2002, introdujo diversas modificaciones a la regulación del cohecho, entre ellas los artículos (hoy ya derogados)³⁵ 250 bis A, que tipifica el cohecho a funcionario público extranjero en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales; y el artículo 250 bis B, que incorpora una definición de funcionario público extranjero para los efectos de lo que se disponía en el primer artículo. El objetivo, de acuerdo al nombre del propio Mensaje que derivó en la Ley 19.829, fue adecuar «la legislación interna para implementar en Chile la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, y modifica el tipo penal de cohecho activo», aunque dicha obligación ya procedía de la Convención Interamericana contra la Corrupción.³⁶ En efecto, se requería tipificar en Chile expresamente esta figura para cumplir con el mandato derivado de la Convención OCDE.

Respecto del bien jurídico, y pese a su ubicación en el título 5, mayoritariamente se entiende por parte de la doctrina que aquí lo protegido es

35 En virtud de la Ley 20.341 de 2009 que llevó dichos artículos a un nuevo párrafo 9 bis, denominado «Cohecho a funcionarios públicos extranjeros», y que consagró en los artículos 251 bis y 251 ter esta figura.

36 El artículo 8, inciso primero, dispone: «Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial».

en general el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales, no el correcto desempeño de Administraciones públicas extranjeras o de organizaciones internacionales (Matus y Ramírez, 2015: 301 y 302; Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 402-404; Carnevali Rodríguez y Artaza Varela, 2016: 65 y 66). Esto también se recoge en la Convención, que ya en su preámbulo señala: «El cohecho es un fenómeno generalizado en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales». En efecto, la exigencia típica, cualquiera sea la conducta del sujeto activo o la contraprestación relacionada con el beneficio, debe materializarse en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales o de una actividad económica desempeñada en el extranjero. Esto permitiría descartar casos como el del turista extranjero que ofrece un soborno a un agente policial durante un control, o cuando una persona intenta ingresar al país y ofrece una coima al agente de inmigración, pues en ambos casos no hay una transacción comercial, sino actividades de control estatal (Fernández Aracena, 2022).

El artículo, como se comprenderá, es extremadamente complejo si se examinan en detalle las posibilidades de conexión entre las conductas tipificadas y los fundamentos del beneficio. Así, el artículo establece cuatro conductas posibles: *ofrecer*, *prometer*, *consentir* o *dar*. Esas conductas se cruzan con nueve fundamentos del beneficio:

- En razón del cargo del funcionario.
- Para que omita un acto propio de su cargo.
- Para que ejecute un acto propio de su cargo.
- Por haber omitido un acto propio de su cargo.
- Por haber ejecutado un acto propio de su cargo.
- Para que omita un acto con infracción a los deberes de su cargo.
- Para que ejecute un acto con infracción a los deberes de su cargo.
- Por haber omitido un acto con infracción a los deberes de su cargo.
- Por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo.

Antes de la reforma de 2018, este tipo penal solo se contemplaba como contraprestación del beneficio «para que realice una acción o incurra en

una omisión». Por ello, la reforma ha sido criticada por el Ministerio Público, ya que ahora obligaría a los fiscales «a estudiar derecho administrativo extranjero» (Fernández Aracena, 2022: 39). Sin embargo, se discrepa de esta crítica, pues cabe recordar que al ser una figura mandataada por instrumentos internacionales para su incorporación en nuestro país, los Comentarios sobre la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales señalan: «Sin embargo, no es un delito si la ventaja fuera permitida o requerida por un reglamento o ley escrita del país del servidor público extranjero, incluido el derecho jurisprudencial» (comentario 8).

De lo anterior es posible observar que existen 36 alternativas de conjugación entre la conducta realizada por el particular y «la contraprestación» que fundamenta el beneficio. No obstante, para la totalidad de las combinaciones, la pena es exactamente la misma, por lo que se produce una distorsión del tratamiento penológico en el caso del cohecho doméstico, en el que, como vimos, la ley atenúa la pena del particular cuando solo consiente en dar, en lugar de cuando ofrece o da un beneficio.

Más allá de esta compleja particularidad, otros aspectos que aquí aparecen ya han sido vistos, como el alcance del concepto del beneficio económico o de otra naturaleza, el carácter de delito de mera actividad prescindiendo de todo acuerdo, y la exigencia subjetiva de dolo directo.

Lo que sí es importante tener presente, en relación con este artículo, es lo dispuesto en el artículo siguiente, pues si bien es un *delito común* desde el punto de vista del sujeto activo, el artículo 251 ter establece la definición de funcionario público extranjero:

Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.³⁷

37 El artículo 1.4 letra a) señala que servidor público extranjero significa «cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea nombrado o elegido; cualquier persona que ejerza una función

Se trata de una definición absolutamente amplia,³⁸ pues alcanza no solo a personas con un cargo o función pública en un país extranjero, sino también a funcionarios o agentes de una organización pública internacional, como los funcionarios de la Organización de Naciones Unidas, la Organización Mundial de Comercio, la Organización Mundial de la Salud, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Internacional del Trabajo, etcétera.

Por último, precisamente para darle operatividad a la norma, debe tenerse presente que el artículo 6, numeral 2 del Código Orgánico de Tribunales dispone que quedan sometidos a la jurisdicción chilena los delitos de cohecho a funcionarios públicos extranjeros cuando sean cometidos por un chileno o por una persona que tenga residencia habitual en Chile.³⁹

pública para un país extranjero, por ejemplo en una dependencia pública o en una empresa pública; y cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional».

38 Sentencia de la Corte Suprema, rol 94.972-2016, 17 de diciembre de 2018.

39 Es cierto que también el numeral 2 incluye los delitos de malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos y el cohecho, pero solo cuando son cometidos por *funcionarios públicos chilenos* o por *extranjeros al servicio de la República*. Aquí en cambio, se trata de particulares.

Aumento de penas de la Ley 21.121

Por último, y como ya hemos señalado, la Ley 21.121 también estableció, además de todos los cambios en los elementos típicos, un aumento considerable de penas en varias de las figuras ya existentes. La **tabla 2** muestra una comparación de los casos en que hubo modificación de la pena, sea privativa de libertad, de la multa o bien respecto de la inhabilitación.

Tabla 2. Comparación de la pena de cohecho según la Ley 21.121

Hipótesis	Antes de la Ley 21.121	Después de la Ley 21.121
Para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo (artículo 248 inciso segundo)	Reclusión menor en su grado mínimo [61 días a 540 días], suspensión en cualquiera de sus grados [61 días a 3 años] y multa del 50% al 100% del beneficio.	Reclusión menor en su grado medio a máximo [541 días a 5 años], inhabilitación absoluta en su grado mínimo [3 años y un día a 5 años] y multa del 100% al 200% del beneficio. ¹
Para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo (artículo 248 bis)	Reclusión menor en su grado medio [541 días a 3 años], inhabilitación absoluta temporal en cualquiera de sus grados [3 años y un día a 10 años] y multa del 100% al 200% del beneficio.	Reclusión menor en su grado máximo a reclusión menor en su grado mínimo [3 años y un día a 10 años], inhabilitación absoluta temporal en su grado medio a máximo [5 años y un día a 10 años] y multa del 200% al 400% del beneficio. ²
Para cometer algún delito funcionario (artículo 249)	Inhabilitación absoluta, temporal o perpetua [3 años y un día a 10 años o perpetua] y multa del 100% al 300% del beneficio.	Reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo [3 años y un día a 10 años], inhabilitación absoluta perpetua y multa del 400% del beneficio. ³
Particular que ofrece beneficio a funcionario público extranjero (artículo 251 bis)	Reclusión menor en su grado medio a máximo [541 días a 5 años], inhabilitación [de 3 años y un día a 10 años], y multa del 100% al 200% del beneficio.	Reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo [3 años y un día a 10 años], inhabilitación [de 5 años y un día a 10 años] y multa del 200% al 400% del beneficio. ⁴

1. Si el beneficio fuere distinto a uno económico, la multa es de 50 a 500 UTM.

2. Si el beneficio fuere distinto a uno económico, la multa es de 100 a 1.000 UTM.

3. Si el beneficio fuere distinto a uno económico, la multa es de 150 a 1.500 UTM.

4. Si el beneficio fuere distinto a uno económico, la multa es de 100 a 1.000 UTM.

Fuente: Elaboración propia.

Capítulo 8

Principales delitos contra la Administración pública que afectan aspectos patrimoniales

Malversación de caudales públicos

Dos grandes razones explican la selección de esta figura. La primera, desde luego, es porque constituye uno de los delitos paradigmáticos vinculados a la corrupción, pues en términos generales abarca la conducta que despliega un funcionario público respecto a bienes que tiene a su cargo, y que, bajo esas circunstancias, dichos bienes son sustraídos o utilizados para fines diversos a los originalmente establecidos. Su condición paradigmática se refleja en el alto número de casos que a la jurisprudencia le corresponde conocer, ya que es probablemente de los delitos vinculados a la corrupción que mayores ingresos registra nuestro sistema.

La segunda razón es que posiblemente se trate de uno de los delitos vinculados a corrupción que mayores complejidades presenta para determinar su contenido y alcance debido a una deficiente y confusa técnica legislativa, lo que demuestra una amplia dispersión de criterios a nivel doctrinal y jurisprudencial, como veremos a continuación.

Cuestiones generales sobre la complejidad de sus hipótesis

El delito de malversación de caudales públicos consiste, a grandes rasgos, en «la inversión ilícita, esto es, el empleo indebido, a través de actos de apropiación o alteración de bienes públicos o equiparados a ellos, por parte de quien los tiene a su cargo en virtud de una específica función también pública» (Guzmán Dálbora, 2009a: 332). Por ello, existe consenso en que la malversación, conforme lo señala esta definición, se trata de una mala inversión de recursos públicos, que puede corresponder a una apropiación de los recursos, lo que se conoce como *peculado*, pero



también puede tratarse simplemente de destinar dichos recursos a otros fines. Esto lleva entonces a entender que, más que al patrimonio fiscal, la malversación afecta la correcta gestión de los recursos públicos, que deben ser destinados a los fines que corresponden a la función pública, con la afectación patrimonial una consecuencia posible como en ese sentido, pero antes que esto resulta afectada la Administración pública en su aspecto funcional. Así parece entenderse mayoritariamente en nuestra doctrina (Guzmán Dálbora, 2009a: 334-338; Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 445-447).¹

Sin embargo, esto da cuenta de la amplitud de casos y supuestos que regula la malversación. En efecto, el Código Penal chileno se refiere a cuatro hipótesis de malversación en el párrafo 5 del título 5 del Libro Segundo: malversación por apropiación o peculado (artículo 233, modalidad dolosa, y artículo 234, supuesto imprudente), malversación por distracción (artículo 235), malversación por aplicación pública diferente (artículo 236) y negativa a un pago o entrega (artículo 237).

Se ha señalado que elementos transversales a toda malversación serían la participación del funcionario público, el carácter público del objeto del delito y la existencia de una especial relación entre el sujeto y el objeto (Balmaceda Hoyos y Castro Cuenca, 2015: 209 y 210). Sin embargo, dentro del párrafo 5 encontramos figuras en que no necesariamente interviene un funcionario público (artículo 238), o bien que los caudales pertenecen a particulares.²

La falta de participación de un funcionario público o de una afectación patrimonial de la Administración pública ha explicado la tendencia a nivel comparado de descriminalizar algunas figuras³ o reconducir-

1 En cambio, para otros, el bien jurídico protegido sería la probidad administrativa (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 469 y 470).

2 Por ello, para distinguir de la malversación propia, algunos llaman malversación impropia aquella cometida por particulares (artículo 238), o bien para referirse a los casos en que no hay apropiación, sino una mera distracción (artículo 235), o para referirse a los casos de malversación por imprudencia (artículo 234). Dado lo equívoco del concepto, hemos optado por prescindir de él.

3 En Italia se despenalizó en 1990 la malversación por aplicación pública diferente, en tanto en Alemania se derogaron los delitos de malversación por su evidente desproporción con el tipo común de la apropiación indebida. En España, por su parte, con el Código Penal de 1995 se despenalizaron las figuras de malversación imprudente, malversación por aplicación pública diferente y la negativa a un pago o entrega. La referencia a estas reformas en Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: 442 y 443).

las a otros tipos penales, como la apropiación indebida.⁴ Esto mismo ha llevado que en nuestra doctrina también se proponga la descriminalización de algunas de estas figuras por considerar que ciertos supuestos infringen los principios de proporcionalidad, fragmentariedad y subsidiariedad del *ius puniendi*. Así, se ha cuestionado la punición de la negativa a un pago o entrega (artículo 237), al no llevar necesariamente a un detrimento patrimonial o que incluso puede no representar un interés diverso al correspondiente a la función pública. También se ha considerado innecesario tipificar la malversación por distracción (artículo 235) como una figura independiente, dada su difícil delimitación con la figura del artículo 233. Por último, se ha cuestionado la figura de la malversación por aplicación pública diferente (artículo 236), por comprender conductas de muy diversa gravedad.⁵

Esta multiplicidad de factores que pueden o no concurrir en lo que se entienda por malversación lleva a comprensiones no siempre unánimes a nivel normativo y jurisprudencial. Por ejemplo, no existe un mayor reconocimiento de esta figura en la Convención Interamericana contra la Corrupción,⁶ aunque sí expresamente en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que dispone en su artículo 17:

Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público: Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación

4 Precisamente el caso de Alemania y de Suiza.

5 Estas críticas en general son tratadas en Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: 444 y 445). También en Guzmán Dálbora (2009a: 346 y 347), aunque defiende la punibilidad de la malversación por aplicación pública diferente, ya que «permite sancionar una vasta gama de conductas que entorpecen seriamente el impulso administrativo, la gestión objetiva de los medios económicos del Estado y los fines de beneficio social a que responden». Además, destaca su propuesta de reemplazar la malversación por distracción por una que sancione el «empleo indebido de mano de obra o de servicios pagados por el Estado».

6 En contra, Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: 443), para quienes el numeral 1 del artículo 6, en su literal c), abarcaría en términos bastante amplios la malversación: «La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero».

por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo.

Señalábamos que a nivel jurisprudencial también podían darse distintas comprensiones, toda vez que, relacionado con su carácter patrimonial, existe jurisprudencia minoritaria que ha dado lugar a los acuerdos reparatorios, y siguiendo a autores nacionales que abogan por una interpretación progresiva del término *bien jurídico* disponible, han admitido acuerdos reparatorios fundados en que «debe ser la jurisprudencia la que en cada caso determine si un delito como el que nos interesa puede o no ser materia de acuerdo reparatorio o, en otros términos, si existe en el caso concreto un interés público prevalente que lo impida» y que:

En la especie se trata de una cantidad menor, apropiada por un funcionario de bajo rango, y respecto de quien incluso es muy discutible que tuviera jurídicamente a su cargo los fondos. Es obvio que su actuar no puso en peligro bienes superiores relativos a la credibilidad ni siquiera de su sección y menos del servicio o de la Administración pública. En su caso el contenido no ya principal, sino casi exclusivo del atentado, es patrimonial y por lo tanto no hay un interés público prevalente que impida solucionar el problema mediante un acuerdo reparatorio.⁷

Un último aspecto complejo que trata la doctrina sobre la malversación en general es que, aceptándose mayoritariamente que se trata de un delito especial impropio,⁸ no hay acuerdo respecto de cuál sería la figura residual aplicable al particular que interviene junto al funcionario público, sino que se señala la apropiación indebida, el hurto o la estafa dependiendo de las circunstancias concretas del acto y la modalidad

⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 59-2010, 10 de marzo de 2010.

⁸ Con excepción de Mañalich (2012: 362), quien señala que: «Los delitos de malversación constituyen delitos especiales (propios). Esto se debe, única y exclusivamente, a que la posición del destinatario de la norma cuyo quebrantamiento es delictivo solo puede ser ocupada por una persona que exhibe el estatus de funcionario público, tal como este se encuentra definido por el artículo 260 del Código Penal. Las normas cuyo quebrantamiento puede ser constitutivo de alguna modalidad de malversación punible, en otros términos, son normas específicamente dirigidas a aquellas personas que exhiben el estatus en cuestión; de ahí que no pueda postularse su descripción como “delitos especiales propios”».

comisiva.⁹ La jurisprudencia por su parte, se ha inclinado más bien por vincular esta figura, en su aspecto residual, con el hurto o la estafa.¹⁰

Malversación por apropiación o peculado (artículo 233)¹¹

El artículo 233 del Código Penal castiga la forma más grave de peculado, consistente en la conducta del empleado público que, «teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga». Esta gravedad se traduce en que contempla las penas más altas entre las distintas clases de malversación, y se establecen en directa relación con la afectación patrimonial que se da en esta figura.

Como comentábamos en el apartado anterior, al tratarse obviamente de un delito especial, para quienes lo consideran impropio, lo vinculan con el hurto o la apropiación indebida (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 489), si bien algunos discuten que se trata de un especial impropio (Mañalich, 2012: 362; Guzmán Dálbora, 2009a: 364 y 365).¹²

Conducta

La conducta consiste en sustraer o consentir que otro lo sustraiga. Si bien la ley no habla de apropiación, hay consenso en que el objeto material debe salir de la esfera de resguardo del empleado público. Así, la sustracción significaría «una mutación de custodia pública en custodia privada» (Mañalich, 2012: 369), aunque también se la ha definido en términos muy asimilables a la apropiación, al señalarse que sustrae «el empleado que realiza o puede ya realizar sobre la cosa actos que solo

9 Un resumen de las distintas posturas doctrinales en Balmaceda Hoyos (2012: 49-51).

10 Sentencia de la Corte Suprema, rol 122.925, del 29 de mayo de 2023. En igual sentido, las sentencias también de la Corte Suprema en rol 13.823-2014, del 16 de abril de 2015; rol 29.891-2014, de 8 de octubre de 2015; y rol 59.856-2022, del 3 de mayo de 2023, a los que hace precisamente referencia el primer fallo indicado.

11 Si bien hemos denominado la figura del artículo 233 como malversación por apropiación, por ser tradicionalmente la terminología utilizada en doctrina y jurisprudencia, por lo que expondremos aquí cabría referirse más bien a una malversación por sustracción.

12 Para Guzmán Dálbora, no es asimilable la figura porque, a diferencia del hurto y la apropiación indebida, aquí no se exige ánimo de lucro y es posible la comisión por omisión.

hubiera podido ejecutar su propietario» (Guzmán Dálbora, 2009a: 357). Sin embargo, un criterio bastante aceptado en la jurisprudencia es aquel que consiste en suponer mentalmente que el funcionario es reemplazado por otra persona, para determinar en consecuencia si esta puede seguir teniendo la custodia de los fondos, ya que ante la imposibilidad, se sostiene entonces que habría existido apropiación (Etcheberry, 2010: 239). Es importante destacar que también se considerarían los casos en que, debiendo ingresar los caudales o efectos al patrimonio público, el funcionario los retiene para sí (Guzmán Dálbora, 2009: 355).

Para algunos (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 450), un requisito adicional de la conducta, de carácter omisivo, sería la *no reintegración posterior* de los fondos, para diferenciarla de la malversación por distracción, cuestión que analizaremos más adelante a propósito de esta última figura.

Por otra parte, el tipo penal aborda una segunda hipótesis, referida a consentir en que otra persona sustraiga los fondos. Esta regla evita entonces que en estos casos se considere interviniente de un delito común como un hurto o una apropiación indebida, y se justifica en «la identidad de afectación del deber de custodia por parte del funcionario y el similar detrimento sufrido por el erario y los fines públicos» (Piña Roquefort, 2012b: 191).¹³ En este caso, no necesitaría un concierto previo con el tercero que realiza la sustracción.

Por último, cabe señalar que es de normal ocurrencia que estas conductas muchas veces se den en forma reiterada, casos en los cuales se procede a calificarlas correctamente como delito continuado. Así lo ha resuelto la jurisprudencia, de la cual es destacable aquella de la Corte Suprema que acogió la tesis del delito continuado bajo la idea de «una expresión de una sumisión renovada, una y otra vez, en la contradicción de motivaciones, no así como reproducción de un dolo conjunto» para luego agregar:

Que la concepción reseñada en el razonamiento anterior permite superar la mayor parte de las dificultades generadas por la del dolo conjunto. Así, por ejemplo, habilita para evitar las dificultades probatorias que ocasionaba ese viejo concepto, o para reconocer la existencia de delitos continuados culposos, etcétera. Aquí, por supuesto, no es del caso de-

¹³ El autor señala de manera correcta que no necesariamente se trata de una modalidad omisiva, ya que puede por ejemplo autorizar una determinada operación.

tenerse en un examen pormenorizado de tales ventajas, que deberán ser puestas de manifiesto en el futuro por la práctica. Nos interesa, en cambio, enfatizar que ella se ajusta de la manera más precisa a la consideración de un delito continuado en una situación como la de autos.¹⁴

Sujeto activo

Debe ser, en principio, un empleado público. En tanto, la segunda modalidad del delito (consentir en la sustracción) permite obviar la discusión acerca del actuar del funcionario como autor mediato con agente doloso, pues se castiga con la pena del autor al empleado público que utiliza a otro que no posee tal calidad en la sustracción de los bienes a su cargo, porque evidentemente consiente en ella, mientras que es irrelevante el que tal sustracción se haga para entregar más tarde dichos bienes al funcionario infiel en su custodia, o que el tercero se los quede para sí (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 451).

Decimos que en principio debe tratarse de un empleado público porque la norma del artículo 238 del Código Penal extiende la posibilidad de considerar autor de este delito —y de todos los delitos del párrafo 5— a un particular, cuando este se halle encargado por cualquier concepto de fondos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia.

Objeto material

Por *caudales* se entienden los bienes de cualquier especie, sobre todo el dinero; y por *efectos*, cualquier documento o valor mercantil, sea nominativo, endosable o al portador. Estos objetos deben encontrarse vinculados al funcionario por una especial relación de custodia, derivada de su función pública, sin que importe si ellos pertenecen al fisco, como serían los fondos de la Cuenta Única Fiscal, o a un particular, como las especies depositadas en la Dirección de Crédito Prendario (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 493). Equivocadamente, existió jurisprudencia

14 Sentencia de la Corte Suprema, rol 2.863-06, 30 de enero de 2006.



que, al asimilar los conceptos de caudales y efectos, los entendió aplicables solo a dinero, por lo excluyó de dicho concepto artículos de oficina.¹⁵ En cualquier caso, es claro que dichos conceptos no incluyen los bienes raíces.

Relación funcional con los caudales y efectos

La ley señala que el funcionario ha de «tener a su cargo los bienes en depósito, consignación o secuestro», lo que obliga a analizar varios aspectos de la relación entre la persona y los bienes.

En primer lugar, no es requisito la celebración de un contrato civil de depósito o consignación, en el sentido del Código Civil, sino que dichas expresiones deben entenderse genéricamente, como derivadas de un deber funcional especial de custodia o resguardo emanado de la ley o reglamento.¹⁶ Sin embargo, no es claro el alcance del deber de custodia o resguardo, en el sentido de si debe llegarse a constituir una especial relación normativa entre el funcionario y los bienes, relación que pueda tener su origen en la ley o el reglamento. La jurisprudencia ha prescindido de tal exigencia, al señalar, por ejemplo:

Basta que un empleado público haya sido encargado (se supone que por una autoridad jerárquica superior, en este caso el secretario del Segundo Juzgado de San Antonio) de recibir y entregar dineros a quien corresponda para que, si no lo hace, incurra en la figura delictual allí señalada, *sin que exija como requisito para ello que sea el funcionario que directamente en razón de sus funciones que la ley o el reglamento le hayan asignado, quien cometa el delito.*¹⁷

¹⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 1997. Correctamente se ha señalado que aquello puede deberse más bien al escaso valor de los bienes (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 451).

¹⁶ Bien se señala que, excepcionalmente, el artículo 238 del Código Penal extiende la sanción de estos delitos a cualquiera, funcionario público o particular, que «por cualquier concepto» se halle «encargado» de fondos municipales o pertenecientes a una institución pública de instrucción o beneficencia. En este caso, la relación del empleado o del particular con la cosa no debe provenir exclusivamente del reglamento o la ley, y puede fundarse en una orden administrativa dada por el funcionario competente (Politoff, Matus, y Ramírez, 2006: 493).

¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema, rol 735-2006, 30 de enero de 2006.

Esto puede efectivamente ser coherente con la norma, pues a diferencia del Código Penal español, no se exige que sea «en razón de sus funciones». Pero al menos ha sido, como en este caso, instruido para tener a cargo dichos bienes, aunque fuese de manera transitoria. Ello permite excluir, por ejemplo, a un funcionario que se apropia de bienes de los cuales no está a cargo pero que tiene una oportunidad de acceder a ellos —como los de una oficina contigua—, lo que es compartido por la doctrina (Piña Roquefort, 2012b: 184; Guzmán Dálbora, 2009a: 352; Matus y Ramírez, 2015: 286; Balmaceda Hoyos y Castro Cuenca, 2015: 214) y la jurisprudencia,¹⁸ que incluso recientemente ha vuelto a destacar que no existe ningún precepto legal del cual pueda entenderse que la custodia exigida en el artículo 233 debe emanar «de un precepto expreso de la ley o reglamento».¹⁹

Ahora bien, el tener a cargo lleva a determinar si requiere o no una tenencia material de los bienes. Parte de la doctrina estima, por razones de texto, que sí se requiere dicha tenencia, ya que justamente es lo que se da en las figuras incluidas en el artículo 233, dejando aplicable el artículo 235 para los casos en que existen funcionarios con facultades de administración y no de tenencia sobre los bienes (Mañalich, 2012: 365-367; Piña Roquefort, 2012b: 185 y ss.), lo que ha sido recogido en alguna jurisprudencia. Por ejemplo, se ha señalado:

El alcalde, según lo dispone la Ley Orgánica de Municipalidades, es la máxima autoridad de la municipalidad, y en tal calidad le corresponderá su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento. Sus atribuciones se encuentran señaladas en el artículo 63, entre las cuales no se contempla tener a cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, obligación que compete al tesorero municipal.²⁰

18 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol 31-2009, 28 de abril de 2009.

19 Sentencia de la Corte Suprema, rol 38.490-2017, 24 de agosto de 2018. La relevancia del fallo es que constituye una sentencia de reemplazo, en el denominado «caso Riggs», precisamente porque, entre otras causas, el fallo de segunda instancia había absuelto a tres acusados por estimar que no se había cumplido con la exigencia legal «de que los bienes públicos o privados estén vinculados al funcionario por una especial relación de custodia determinada por disposiciones legales o reglamentarias del derecho administrativo».

20 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 13.060-2002, 7 de abril de 2006.

Sin embargo, bien se ha señalado que esto conlleva a aplicar el artículo 233 a funcionarios de menor jerarquía, que solo tienen la custodia, en tanto se aplicaría el artículo 235, más benigno, a quienes tienen facultades de administración, que supone una mayor jerarquía, lo que sería incoherente desde el punto de vista sistemático (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 451), y tendría más aplicación en nuestra jurisprudencia, al no excluir a quienes tienen facultades de administración.²¹

Ha de tenerse presente que cualquiera sea la postura que se adopte, y considerando que se trata de un delito especial impropio, si por alguna razón se determina que no existe esta relación funcional —o cualquier otro elemento típico—, sí podrían darse figuras comunes, como la apropiación indebida o el hurto, y sería posible también estimar concurrente, dependiendo de las circunstancias, la agravante de abuso de confianza o de prevailecimiento del carácter público del sujeto activo.

Elementos subjetivos

A nivel subjetivo, es claro que no se requiere un ánimo de lucro, sino que basta el dolo en la sustracción, sea propia o ajena. Sin embargo, la discusión se da precisamente en esto último, pues algunos postulan que bastaría el dolo eventual (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 459), en tanto hay quienes exigen dolo directo para diferenciarlo de la aplicación del artículo 235.²²

En cualquier caso, existe consenso en que se excluye la culpa en ambas modalidades comisivas, es decir, sustracción propia o ajena, aunque en este último caso sería aplicable la figura del artículo 234, que analizaremos a continuación.²³

21 Por ejemplo, sentencia de la Corte Suprema, rol 2.379-2012, 15 de junio de 2012.

22 Así parece entenderlo la reciente jurisprudencia: sentencia de la Corte Suprema 71.528-2021, 16 de febrero 2022. En doctrina: Politoff, Matus y Ramírez (2006: 496) y Guzmán Dálbora (2009b: 362).

23 Se ha señalado correctamente que, en caso de existir un error de tipo, referido por ejemplo a la calidad de funcionario o al carácter de los bienes, nunca tendría aplicación este tipo penal, ni siquiera tratándose de un error de tipo evitable, por no admitir ejecución culposa (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 459).

Iter criminis

Puesto que tanto si se trata de una sustracción de lo que se administra como de una omisión de restituir lo que se debe devolver, los caudales o efectos se encuentran en su origen lícitamente en poder material del funcionario, no es posible configurar aquí tentativa o frustración, pues en caso de sustracción y posterior devolución el tratamiento penal derivaría a la figura del artículo 235, mientras que en el caso de la omisión de restituir, por tratarse de omisión propia —y al igual que en la apropiación indebida—, no es posible concebir etapas del *iter criminis* anteriores al momento en que se exige la cuenta correspondiente (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 497).

Penalidad

Ya antes de la Ley 21.121 el tipo penal consideraba penas privativas de libertad asociadas al monto de lo sustraído, criterio que también aplicaba a las multas, lo que dejó la pena de inhabilitación con un criterio más flexible. Con la reforma legal de 2018 se aumentaron considerablemente las penas y se estableció una regla de aplicación de las multas distinta, como se refleja en la **tabla 1**.

Tabla 1. Comparación de penas del delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 de la Ley 21.121

Hipótesis	Antes de la Ley 21.121	Después de la Ley 21.121
Si lo sustraído es entre 1 y 4 UTM	Presidio menor en su grado medio [541 días a 3 años]; multa de 5 UTM.	Presidio menor en sus grados medio a máximo [541 días a 5 años]; multa del doble de lo sustraído.
Si lo sustraído es entre 4 y 40 UTM	Presidio menor en su grado máximo [3 años y un día a 5 años]; multa de 6 a 10 UTM.	Presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo [3 años y un día a 10 años]; multa del doble de lo sustraído.
Si lo sustraído excede de 40 UTM	Presidio mayor en sus grados mínimo a medio [5 años y un día a 15 años]; multa de 11 a 15 UTM.	Presidio mayor en sus grados mínimo a medio [5 años y un día a 15 años]; multa del doble de lo sustraído.
En todos los casos: Inhabilitación para cargos públicos	Absoluta temporal en su grado mínimo a absoluta perpetua [3 años y un día a perpetua].	Absoluta temporal en su grado medio a absoluta perpetua [5 años y un día a perpetua].

Fuente: Elaboración propia.

Malversación por apropiación imprudente (artículo 234)²⁴

El artículo 234 dispone lo siguiente:

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

Si bien en términos generales corresponde a la *modalidad imprudente* de la malversación del artículo 233, presenta algunas importantes diferencias, pues si bien las conductas del artículo anterior consisten en sustraer o consentir en que otro sustraiga, aquí no se trata de que alguna de esas conductas se ejecuta imprudentemente (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 462 y 463). En cambio, aquí la conducta está establecida en términos bastante más amplios: *dar ocasión a que otra persona sustraiga los bienes*. Esta amplitud se explica porque precisamente tratándose de un delito culposo, se atiende más bien a una infracción a un deber de cuidado que conlleva a la producción de un resultado, más que a la conducta en sí, que en el caso anterior consiste en el aprovechamiento de su posición sobre los bienes (Bullemore y Mackinnon, 2007: 200). Esta es quizá una de las manifestaciones más evidentes para quienes adhieren a la posición de los delitos de infracción deber.²⁵

Ahora bien, dicha amplitud ha llevado a que algunos consideren que en este caso existe también una amplitud del sujeto activo, pues «tanto pueden serlo el empleado que tiene los fondos a su cargo como el superior suyo que ha de vigilar y controlar su actividad». Naturalmente esto solo tiene sentido si, como vimos, se tiene una concepción restrictiva de la expresión «teniendo a cargo» para aplicar el artículo 233. Sin perjuicio

24 En la sección anterior señalábamos que resultaba más adecuada denominar la figura del artículo 233 como malversación por sustracción en lugar de apropiación. Sin embargo, en este caso no cabría hablar de malversación por sustracción imprudente, pues, como veremos, por un lado está la imprudencia del funcionario y por otro la sustracción de un tercero.

25 Sin embargo, si el fundamento del delito fuese principalmente la infracción al deber de cuidado del funcionario en virtud de su posición de garante, no tendría mayor sentido tener el mismo régimen de penalidad del artículo 233 para la pena privativa de libertad, pues bajo ese régimen lo principal es la cuantía de lo sustraído.



de ello, esta figura permite aplicarse a superiores jerárquicos en aquellos casos en que sus subalternos han cometido el delito del artículo 233, por ejemplo, la conducta negligente de un jefe de finanzas de un hospital público respecto del encargado de contabilidad.²⁶

En cualquier caso, aun siendo una hipótesis amplia, el estándar exigido por el tipo penal es que el abandono o la negligencia sean *inexcusables*, lo que para la jurisprudencia se trata de una «culpa grave, que equivale al dolo, por lo inexcusable».²⁷ Así, como señalan Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: 464), existe jurisprudencia que no alcanza tal estándar, como en el caso del funcionario que por un descuido accidental permite que un tercero acceda a la caja fuerte,²⁸ pero sí en el caso del tesorero que deja un cheque en blanco en poder de un empleado, quien luego utiliza dicho documento para defraudar al fisco.²⁹

Malversación por distracción (artículo 235)

El artículo 235 dispone:

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

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

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

Dado que ya hemos visto algunos ámbitos a propósito de las otras figuras, como el sujeto activo o el objeto material, veremos a continuación aquellos aspectos que representan una diferencia, aunque sin duda lo más relevante al estudiar este tipo de malversación es precisamente

²⁶ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, RIT 83-2013, 26 de octubre de 2013.

²⁷ Sentencia de la Corte Suprema, 30 de junio de 1971.

²⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 2 de noviembre de 1911.

²⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de agosto de 1904.

su relación y diferenciación con la malversación por apropiación del artículo 233.

Diferencias con la malversación por apropiación

Podemos distinguir dos grandes criterios para diferenciar ambas figuras. El primero es el criterio subjetivo, de acuerdo con el cual lo determinante es la intención de reintegrar, pues en el artículo 233 se produce una sustracción con ánimo de señor y dueño, en tanto que en el artículo 235 hay una aplicación a usos propios o ajenos, pero que comprendería la intención de reintegrar dichos fondos. Según este criterio, es irrelevante si *ex post* tiene lugar el reintegro, el cual solo podría tener relevancia, a modo de prestación reparatoria, como circunstancia atenuante. Este criterio ha sido sostenido principalmente por Bunster (1948: 32 y ss.) y Guzmán Dálbora (2009: 376-378), junto con algún reconocimiento en la jurisprudencia, al señalarse que el artículo 233 exige:

La sustracción permanente de los fondos, esto es, que el dolo apunte a apropiarse de ellos para ser incorporados definitivamente al patrimonio propio o de un tercero. En cambio, el artículo 235 se refiere a la distracción de los fondos, esto es, al uso temporal de los mismos, pero con la intención de reintegrarlos.³⁰

Sin embargo, lo anterior presenta algunos problemas. Desde luego, el primero apunta a establecer como un requisito esencial el ánimo de apropiación permanente en la sustracción, cuestión que no aparece en el tipo penal del artículo 233, y en ese sentido parece correcto lo señalado por la Corte Suprema cuando constata que: «Dado que no se habla de “apropiación” sino de “sustracción”, no se exige especialmente el ánimo de comportarse como señor y dueño».³¹ Pero si de todos modos quisiese darse el sentido apropiatorio de carácter permanente a la sustracción del artículo 233, lo cierto es que también el artículo 235 en su inciso primero alude a la «cantidad que hubiere sustraído» y el inciso tercero a la «cantidad sustraída». No es posible entonces pretender darle un contenido subjetivo distinto al mismo término para ambas figuras.

³⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 57-2006, 29 de septiembre de 2006. En igual sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 218-2005, 20 de octubre de 2005.

³¹ Sentencia de Corte Suprema, rol 38.490 de 2007, 24 de agosto de 2018.

El segundo criterio es el objetivo. De acuerdo con este, el elemento diferenciador es una circunstancia *ex post* de carácter objetiva: el reintegro (Etcheberry, 2010: 241 y 242; Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 466-468).³² En el caso de no haber reintegro, por expresa disposición del artículo 235, se aplicarían siempre las penas del artículo 233, razón por la cual no es necesario acudir a un criterio subjetivo para distinguir las consecuencias aplicables. En el caso de existir el reintegro, tampoco puede acudirse a elementos subjetivos como el ánimo de apropiación o el ánimo de reintegro, simplemente porque ninguno de los artículos en referencia contiene esos elementos. En consecuencia, de existir el reintegro tendría aplicación el artículo 235. Si bien profundizaremos sobre estos elementos a continuación, a propósito del estudio en particular de los elementos del tipo penal del artículo 235, cabe mencionar desde ya que también esta tesis —y quizá en mayor medida— ha sido recogida por la jurisprudencia. Por ejemplo, la Corte Suprema ha señalado, respecto del artículo 233:

No se trata propiamente de un delito comisivo similar al hurto, sino de uno de carácter omisivo, similar a la apropiación indebida, que exige, además de la sustracción propiamente tal, que el funcionario, requerido en la rendición de cuenta respectiva, no reintegre los caudales o efectos que pudieren faltar en ella. Generalmente el delito va a suponer algún tipo de maniobra para traspasar los fondos al ámbito de disponibilidad personal del funcionario o, fundamentalmente, para ocultar su existencia, pero lo verdaderamente determinante es que no sean reintegrados.³³

32 Estos últimos autores también incluyen bajo la figura a Matus y Ramírez (2015: 287 y 288), aunque solo en aquellos casos en que se entregan al funcionario bienes fungibles, por lo que habría entonces una transferencia de la propiedad. En cambio, optarían por un criterio subjetivo si los bienes han sido entregados en administración.

33 Sentencia de la Corte Suprema, rol 38.490-2007, 24 de agosto de 2018; en el mismo sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 454-2014, 25 de enero de 2018. Un tercer criterio diferenciador ha sido propuesto por Mañalich (2012: 366-372), para quien los criterios anteriores parten de la base de que son aplicables a las mismas hipótesis, en circunstancias que el autor postula que se aplican a contextos distintos. Así, el artículo 235 es aplicable al funcionario que tiene los fondos en calidad de depositaria, en tanto que el artículo 235 es aplicable respecto de aquel que los tiene con facultades de administración o inversión, es decir, como funcionario.

Conducta típica

El artículo 235 se refiere como conducta a «aplicar los fondos a usos propios o ajenos», lo que lleva a pronunciarse sobre dos temas: el alcance de *aplicar* y qué usos quedan comprendidos en la figura.

Sobre el primer aspecto, debe tenerse presente que, junto con *aplicar*, en el mismo artículo se habla de *uso indebido* de los fondos y cantidades *sustraídas*, lo que obliga a buscar una explicación sistemática. Por ello, se ha señalado que si bien toda aplicación requiere antes una sustracción, la *aplicación* obedece a una sustracción más bien temporal, hecha no con intención de apropiarse de los fondos, sino que destinarlos a otros fines, pero para ser luego reintegrados (Matus y Ramírez, 2015: 287; Piña Roquefort, 2012b: 148 y 149). Así, la exigencia del reintegro estaría implícita en la expresión *aplicar*, que consiste entonces en «sustraer para reintegrar» (Etcheberry, 2010: 241). Ahora, es importante tener presente que, para ser coherentes con el criterio objetivo explicado, aun cuando el ánimo de la sustracción pudo ser temporal, de no verificarse el reintegro, procede aplicar de cualquier modo el artículo 233, pues la ley no hace ninguna distinción (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 473).³⁴

El segundo aspecto, relacionado con los usos propios o ajenos, lleva a preguntarse si esos usos pueden ser para fines privados o bien para otros fines públicos. Sobre este aspecto, se ha señalado que a fin de poder distinguir este artículo respecto del artículo 236, que veremos más adelante, en este caso por necesidad se refiere a una destinación particular, sea propia o ajena (Balmaceda Hoyos y Castro Cuenca, 2015: 220). Esto además explicaría sin dificultad que en una y otra disposición el legislador recurra a la existencia o inexistencia de daño o entorpecimiento para el servicio como criterio auxiliar de cuantificación del injusto correspondiente, para los efectos de la magnitud de la penalidad del hecho (Mañalich, 2012: 370).

³⁴ Agregan los autores que si dicha conclusión, perjudicial al funcionario, es por expresa disposición de la ley, de igual modo no habría inconvenientes para la conclusión contraria a favor de este, esto es, que si hay objetivamente reintegro, aun cuando la sustracción original tenía como propósito no reintegrarse, debe aplicarse el artículo 235.



Oportunidad para el reintegro

De acuerdo a los criterios vistos, para distinguir el ámbito de aplicación de los artículos 233 y 235, de seguirse una concepción objetiva, cobra relevancia determinar en qué oportunidad se entiende apto el reintegro para hacer aplicable el artículo 235 en lugar de la figura del 233.³⁵ La respuesta no es unánime, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, a diferencia de lo que sucede en España, donde la figura de la malversación por distracción, más benévola obviamente que aquella por sustracción, tiene lugar cuando el reintegro se produce «dentro de los diez siguientes al de la incoación del proceso» (artículo 433 del Código Penal español).

En nuestro país, un primer criterio alude a que, para que permita aplicar el artículo 235 en lugar del 233, el reintegro debe cumplirse antes del requerimiento que pueda llevar a cabo la Contraloría General de la República (Matus y Ramírez, 2015: 288), puesto a que, a propósito de la rendición de cuentas, su Ley Orgánica dispone en su artículo 85:

Todo funcionario, como asimismo toda persona o entidad que reciba, custodie, administre o pague fondos de los mencionados en el artículo 1, rendirá a la Contraloría las cuentas comprobadas de su manejo en la forma y plazos que determina esta ley.

Cuando un funcionario, al ser requerido por la Contraloría, no presente debidamente documentado el estado de la cuenta de los valores que tenga a su cargo, se presumirá que ha cometido sustracción de dichos valores.

En consecuencia, si el reintegro opera antes de este requerimiento, sería imposible iniciar una persecución penal en su contra. Sin embargo, respecto del fundamento para este primer criterio, se ha señalado que «la existencia de una sustracción no cuenta como objeto de presunción con anterioridad a dicho momento. Una regla probatoria no puede ser transformada, sin distorsión, en una regla de definición sustantiva» (Mañalich, 2012: 371 y 372).

Un segundo criterio establece entonces como límite el inicio de la persecución penal, por lo que, si existe un reintegro antes del inicio del proceso en contra del funcionario, no surgiría responsabilidad penal,

³⁵ Si se sigue una concepción subjetiva, o incluso el criterio postulado por Mañalich, el reintegro, independiente de su oportunidad, siempre constituirá solo una circunstancia atenuante.

sino solo disciplinaria. Sin embargo, este criterio ha sido recientemente rechazado por jurisprudencia de la Corte Suprema, al sostener que «dicha argumentación responde únicamente a una interpretación doctrinaria, toda vez que la norma en estudio, o sea, el artículo 235 del código punitivo, no establece dicha circunstancia, consagrando únicamente una agravación de la punibilidad de la conducta en el evento de no verificarse el reintegro».³⁶

En el caso de que el reintegro se produzca durante el desarrollo del proceso, las opiniones tampoco son unánimes. Por una parte, algunos postulan que en este caso se configura la malversación por distracción del artículo 235, pues con fines de política criminal, similar a las atenuantes, se incentiva el reintegro durante el proceso penal. En cambio, otros señalan que una vez iniciado el proceso penal, el reintegro no afecta en nada la configuración del ilícito penal, por lo que es en consecuencia aplicable el artículo 233, y en ese contexto, aplicar solamente consecuencias atenuantes. Esto lo fundan en que la malversación, ante todo, es un delito de infracción de deber, y en segundo lugar un delito orientado a velar por el patrimonio fiscal, por lo que en consecuencia es sistemáticamente más apropiada esta interpretación.³⁷ Esto también ha sido reconocido por la jurisprudencia al destacar que el artículo 235 es aplicable en casos en que se ha producido el reintegro y no ha habido un daño o entorpecimiento al servicio público.³⁸

Objeto material

El artículo 235 se refiere a «los caudales o efectos puestos a su cargo» (del funcionario). Si bien una alternativa es entender que, en consecuencia, es aplicable respecto de fondos públicos y privados, lo cierto es que los artículos 233 y 234 expresamente se refirieron a ambos orígenes, y que, al no señalarse aquí, sería aplicable solo respecto de fondos públicos, lo que además sería coherente con la legislación española que se tuvo como modelo para elaborar esta legislación. Así, se ha señalado que el

³⁶ Sentencia de la Corte Suprema, rol 16.947-2019, 12 de agosto de 2019.

³⁷ A esta interpretación adhieren ahora Rodríguez Collao y Ossandón Widow, quienes sin embargo en ediciones anteriores estimaban en este caso concurrente el artículo 235.

³⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 47-2006, 21 de abril de 2006.

carácter público de los fondos «queda asegurado, precisamente, por su destinación al desenvolvimiento del servicio respectivo. De ahí que tanto en el artículo 235 como en el artículo 236 se hable de la aplicación de los caudales o efectos para la correspondiente descripción del injusto típico» (Mañalich, 2012: 369 y 370),³⁹ postura que también ha tenido recepción en la jurisprudencia.⁴⁰

Resultado calificador: El daño o entorpecimiento del servicio público

El tipo penal contempla como alternativa el que pueda haberse producido o no «daño o entorpecimiento del servicio público», lo que obviamente incide a nivel de penalidad, aunque en este tipo penal no se contemplan penas privativas de libertad. En forma mayoritaria, se ha establecido que se trataría en este caso de un verdadero delito calificado por el resultado y que, en consecuencia, no requeriría ser cubierto por el dolo (Matus y Ramírez, 2015: 290; Piña Roquefort, 2012: 149).

Se ha señalado a propósito de esta posibilidad que sería erróneo concluir que, a falta de daño o entorpecimiento, y sin haber reintegro, debiese aplicarse el artículo 235 en su inciso final, pues dicho inciso se referiría al uso indebido y no a una apropiación indebida, entendiendo entonces que se trató de una desviación temporal (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 468); y que la frase «sin perjuicio del reintegro» solo tendría por objeto especificar que aun en casos en que no se produce un daño o entorpecimiento subsiste la obligación del funcionario de reintegrar los recursos (Etcheberry, 2010: 241 y 242). Si bien esta fundamentación parece correcta y coherente con el criterio objetivo, no debe olvidarse que el propio inciso final se refiere igualmente a la «cantidad sustraída», aunque, como vimos, se trataría de una sustracción temporal.

Malversación por aplicación pública diferente (artículo 236)

El artículo 236 del Código Penal dispone:

El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estu-

³⁹ Cabe señalar que lo problemático de esto es volver a concepciones subjetivas sobre la sustracción para diferenciar uno u otro caso.

⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema, 18 de diciembre de 1996.

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

Se trata de una figura que genera bastante menos complejidades en relación con las ya revisadas. Quizá el punto principal que genera mayor consenso es el cuestionamiento sobre su necesidad de punibilidad, pues al tratarse de una figura claramente de menor gravedad que las anteriores, no tiene significación patrimonial, sino que se refiere a la desviación de fondos públicos para otros fines públicos, por lo que, más que un perjuicio para el patrimonio fiscal o una grave infracción de deber, hay vulneración de normas, de distinta naturaleza y jerarquía, que regulan la administración e inversión de fondos públicos. Esto se demuestra además por la baja penalidad que tiene, aun cuando se cause un daño o entorpecimiento del servicio público. Por ello para muchos bastaría el régimen sancionatorio administrativo (Cury Urzúa, 1986: 299 y 300; Etcheberry, 2010: 244; Balmaceda Hoyos y Castro Cuenca, 2015: 223).⁴¹ Lo cierto es que sí cabe cuestionarse si en verdad nos encontramos ante conductas, en los términos planteados por el artículo 236, capaces de afectar un interés jurídicamente relevante, pues puede darse una aplicación diferente que se traduzca en un beneficio no solo económico para la Administración, sino que para la propia finalidad de la función pública. En similar sentido se pronuncia Mañalich (2012: 370) al señalar que en este caso «el comportamiento del funcionario no compromete la dimensión del principio de probidad que exige dar preeminencia al interés general por sobre el interés particular».

Respecto del sujeto activo, es importante tener presente que se trata de un universo más restrictivo, pues debe tratarse de aquel que en efecto tenga facultades de administración y disposición.

El objeto material debe consistir en fondos públicos, toda vez que, por expresa disposición legal, tanto la aplicación originalmente establecida como la efectivamente realizada debe ser pública, lo que es propio de los fondos de carácter público.

En cuanto a la conducta, esta consiste en aplicar, entendida en este caso como «desviar a otros fines públicos», con lo que se descarta que

41 La excepción la constituye Guzmán Dálbora (2009b: 346 y 347).



la aplicación consista en sustracción o que la aplicación sea para fines privados (caso en el cual tendrían aplicación los artículos 233 o 235).

Dado que esa desviación de fondos tiene que ser «diferente de aquella a que estuvieren destinados», lo relevante para configurar la tipicidad de la conducta es determinar la regulación existente sobre la destinación de fondos, regulación que puede ser a nivel de ley, reglamento, decretos, instrucciones, etcétera, incluso, y probablemente, una combinación de normas, lo que transforma este delito en una ley penal en blanco (Matus y Ramírez, 2015: 314), plenamente legítima, por cierto. Ahora bien, esta alta normativización puede llevar a situaciones constitutivas de error de tipo que puede terminar en la impunidad de estas conductas al no haber un tipo penal culposo en paralelo. En cualquier caso, dado el sujeto calificado que además tiene facultades de administración, es casi inimaginable la procedencia de un error de prohibición (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 477).

Cabe tener presente que el tipo penal señala que la aplicación debe ser arbitraria, lo que ha motivado que algunos entiendan una exigencia de mayor antijuridicidad (Guzmán Dálbora, 2009b: 389) y otros de un estándar mayor sobre la inexigibilidad de otra conducta (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 498). Por otra parte, la jurisprudencia ha llegado a considerarlo como una mayor exigencia del conocimiento previo del destino de los fondos.⁴²

Por último, desde el punto de vista del *iter criminis*, dado que la conducta es aplicar, el delito no se consuma con una instrucción en tal sentido o la realización de actos previos para llevar a cabo la disposición patrimonial, situaciones que solo constituirían una tentativa de esta figura penal.

Negativa a un pago o entrega (artículo 237)

El artículo 237 del Código Penal dispone:

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

⁴² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 332-2011, 30 de noviembre de 2011.

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

Como comentario general, similar a lo referido sobre la figura anterior, se cuestiona la legitimidad de la punibilidad de esta figura relacionada con su lesividad, y aquí posiblemente con mayor justificación, pues en este caso se trata de un delito de mera actividad, ni siquiera se trata de una disposición patrimonial, sino solo de una desobediencia, sin referencia a alguna a una posible afectación patrimonial (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 478).

Por otra parte, se trata de una figura residual, ya que si la negativa se debe a que hubo una sustracción o una aplicación distinta, obviamente prevalecen las otras figuras más graves de malversación.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible observar que existen dos modalidades de ejecución.

Rehusar un pago

Contemplada en el inciso primero, respecto del sujeto activo, se trata en este caso de un funcionario «tenedor de fondos del Estado», y que obviamente debe estar facultado no para su custodia, sino que para disponer de los fondos.

El objeto material desde luego solo puede consistir en fondos del Estado, no en fondos privados a los cuales el funcionario podría estar obligado a su custodia o administración.

Además, bajo esta hipótesis la ley agrega que la negativa se realice «sin causa bastante», que en general se estima redundante y, en consecuencia, no presenta diferencia de fondo con la otra hipótesis que se ve a continuación.

Rehusar la entrega de una cosa

Contemplada en el inciso segundo, aquí en cambio sería más amplio el universo posible de funcionarios como sujetos activos, ya que puede serlo cualquier funcionario que tenga la cosa bajo su «custodia o administración».

En este caso el objeto material también es más amplio, toda vez que la entrega puede ser respecto de bienes públicos o privados, pero siempre que estén en custodia del funcionario.

Disposición general del artículo 238 del Código Penal

Este artículo 238 dispone:

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

En los delitos a que se refiere este párrafo, se aplicará el máximo del grado cuando el valor de lo malversado excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, siempre que la pena señalada al delito conste de uno solo en conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 67 de este Código. Si la pena consta de dos o más grados, se impondrá el grado máximo.

Como se observa, el artículo trata en dos incisos materias de naturaleza absolutamente diversa. En el primero se trata de una norma amplificadora de los sujetos activos de las figuras ya estudiadas, por lo que puede tratarse tanto de un funcionario público como de un particular.⁴³ Pero también puede considerar extensiva respecto del sujeto activo, sobre todo si se tiene una interpretación restrictiva de las fórmulas de los artículos anteriores, bajo el concepto de tener a cargo los bienes. Así, para quienes sostienen que bajo este último concepto se requiere una relación entre el funcionario y los bienes fundado en la ley o un reglamento, aquí en este caso sería procedente incluir entonces a quienes tienen a cargo fondos y bienes con ocasión del cargo (Matus y Ramírez, 2015: 209; Balmaceda Hoyos y Castro Cuenca, 2015: 226).⁴⁴

Por el contrario, la referencia al objeto material sí tendría un efecto más restrictivo, toda vez que indudablemente «los fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia» son efectos públicos, por lo cual, al tratarse de particulares, se incluyen en virtud de esta norma, pero solo en relación con estos objetos.

En cuanto al inciso segundo, se trata de una norma agravatoria de determinación de la pena cuando lo malversado excede de 400 unidades tributarias mensuales, consistente en imponer el máximo del grado, cuando la pena señalada al delito conste de uno solo en conformidad a

43 Sentencia de la Corte Suprema, 4 de junio de 2006.

44 En contra Etcheberry (2010: 237), quien la considera superflua.

lo establecido en el inciso tercero del artículo 67 de este Código, o bien el grado máximo, si la pena consta de dos o más grados.

Fraude al fisco (artículo 239)

Comentario general

El artículo 239 del Código Penal dispone:

El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.

En aquellos casos en que el monto de lo defraudado excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales, se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Si la defraudación excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales se aplicará la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

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

Cabe señalar en primer lugar que el tipo penal se encuentra en el párrafo 6 del título 5 del Libro Segundo del Código Penal, párrafo denominado «Fraudes y exacciones ilegales», y que incluye, además de esta figura, las negociaciones incompatibles (artículo 240), el tráfico de influencias (artículo 240 bis), las exacciones ilegales (artículo 241) y el enriquecimiento ilícito (artículo 241 bis).

La razón de la selección y el mayor estudio del delito de fraude al fisco resulta obvia, tanto por ser —junto a la malversación y al cohecho— una figura paradigmática de la corrupción en la Administración, como por su considerable aplicación práctica, que ha llevado, como veremos, a tratamientos diversos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

La naturaleza del fraude al fisco

Mayoritariamente se sostiene que este tipo penal del artículo 239 protege el correcto desempeño de la función pública, desempeño vinculado a

velar por los intereses patrimoniales del fisco, y que, en consecuencia, la comisión del delito afecta los principios de objetividad, imparcialidad y transparencia en el ejercicio de dicha función.

Sin embargo, donde suelen haber diferentes opiniones es en la preponderancia del interés patrimonial, lo que lleva a determinar naturalezas distintas en la figura. En efecto, tratándose de un *delito especial impropio*, parte de la doctrina identifica el delito base con la figura de la estafa y, por lo tanto, incorpora también como elemento central un engaño. Por ejemplo, esta postura es defendida por Politoff, Matus y Ramírez (2006: 498), quienes señalan que «se trata de una especial forma de *estafa*, en que el sujeto activo es un empleado público y el pasivo, el fisco, representado por las instituciones que la ley señala», aunque la exigencia del ardid la estiman menor, señalando que, «tratándose de una forma de estafa o defraudación, exige para su consumación del engaño y el perjuicio propios de la estafa, aunque tal engaño, como hemos analizado antes, no necesariamente debe constituir una acabada *mise-en-scène*». Esta postura también ha tenido tradicionalmente un amplio reconocimiento en la jurisprudencia.⁴⁵ Esta tesis lleva a importantes consecuencias, como el exigir el perjuicio propio de la estafa, siendo posible además sancionar al tercero *extraneus* que participa con el funcionario, ya sea a título de estafa (artículos 468 y 473 del Código Penal) o de estafa especial del artículo 470 numeral 8 del Código Penal (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 498).⁴⁶

Pero, como ha sostenido Balmaceda Hoyos (2012: 52),⁴⁷ la postura anterior incurriría en una serie de imprecisiones que llevan no solo a un entendimiento erróneo del delito de fraude al fisco, sino que incluso generan problemas en su aplicación práctica, toda vez que este

45 Sentencia de la Corte Suprema, rol 13.823-2014, 16 de abril de 2015; sentencia de la Corte Suprema, rol 29.891-2014, 8 de octubre de 2015; sentencia de la Corte Suprema, rol 496-2011, 4 de diciembre de 2012; sentencia de la Corte Suprema, rol 2.834-2006, 3 de mayo de 2007; sentencia de la Corte Suprema, rol 744-2006, 25 de febrero de 2007.

46 En similar sentido, pero más general, Etcheberry (2010: 247), quien señala que, «de acuerdo a las reglas generales, y no siendo este un delito de posición, el tercero defraudador, que no quebranta un deber funcionario, comete el respectivo delito contra la propiedad (alguna forma de defraudación)». Con todo, como veremos a continuación, debe tenerse presente que estas argumentaciones eran anteriores a la introducción en nuestra legislación del delito de administración desleal.

47 En similar sentido, Hernández Basualto (2005: 234 y ss.).

delito tiene su fundamento no en un engaño, sino en la *administración desleal* por parte del funcionario público del patrimonio público, que eventualmente puede realizarse tanto *por un engaño como por abuso de confianza*. Además, este delito puede cometerse tanto defraudando como consintiendo que se defraude, apareciendo claramente de la segunda hipótesis que no es necesario que el funcionario público ejecute engaño alguno para ser sancionado a título de fraude al fisco. En efecto, es necesario tener presente que al tratarse de funcionarios que se encuentran en una posición ventajosa para defraudar al fisco, el engaño asimilable a la estafa es improcedente, como lo deja de manifiesto Mañalich (2012: 373):

El injusto del fraude al fisco se corresponde con un menoscabo patrimonial ocasionado «desde dentro», y no «desde fuera»; siendo esto último, empero, lo característico de la estafa, en la medida en que el estafador condiciona, mediante engaño, una disposición patrimonial perjudicial, para sí o para un tercero, por parte de otro [...] la posición del funcionario que interviene en una determinada operación en razón de su cargo se identifica con la posición del autor, en circunstancias de que, de tratarse de una estafa, dicha posición tendría que estar ya ocupada por la persona engañada por el autor [...] bajo la comprensión del fraude al fisco como un delito de administración desleal es enteramente irrelevante que en determinados casos el funcionario que en razón de su cargo interviene en una operación que compromete el patrimonio público pueda valerse de una maniobra constitutiva de —o cercana a un— engaño.

También Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: 478) lo desvinculan de la estafa, al señalar que este delito se fundamenta en la infracción de un *especial deber positivo institucional* de velar por la integridad del patrimonio fiscal.

Esta última postura por lo demás ha sido la aceptada recientemente por la Corte Suprema, la cual, citando la doctrina anterior y agregando como elemento fundamental sobre quién recae el engaño, ha señalado:

Entender el fraude al fisco como una forma de estafa con el elemento «engaño» entre sus requisitos, implicaría incurrir en el absurdo de pretender que hubiera una persona natural a quien se haga artificialmente que se represente una falsa idea de la realidad para que efectúe una disposición patrimonial con perjuicio para esta o terceros, lo que



es prácticamente inaplicable en casos de personas jurídicas y en que se administra recursos de terceros o al menos de la comunidad.⁴⁸

Sujeto activo

Obviamente se trata de un funcionario público, pero no debe por necesidad pertenecer al organismo defraudado, sino que basta con que intervenga en la operación por las competencias que tiene (Balmaceda Hoyos y Castro Cuenca, 2015: 229; Guzmán Dálbora, 2009b: 406). Por otra parte, se concuerda en que no debe tratarse del funcionario que tiene a su cargo los fondos, pues en dicha situación se daría la hipótesis de una malversación por apropiación o por distracción (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 498; Guzmán Dálbora, 2009b: 406).

Como sucede muchas veces en la práctica, junto al funcionario puede intervenir un tercero, ya sea colaborando con este o aprovechándose de su consentimiento. Este tercero obviamente no quebranta ningún deber vinculado a la función pública, por lo que no debiese ser considerado autor de este delito.⁴⁹ Por ello, en estos casos la doctrina y la jurisprudencia⁵⁰ han entendido aplicable un tipo penal base, que para Politoff,

48 Sentencia de la Corte Suprema, rol 7.006-2021, 23 de marzo de 2022. En el mismo fallo se señala: «Los hechos vienen presentados como fraude al fisco, que no se puede entender como la estafa del artículo 468, sino como una forma de administración desleal, ya que se trata de una persona jurídica, con lo que pierde asidero desde ya la procedencia del engaño y no requeriría de una puesta en escena, pues el que podía ser confundido no es una persona natural». En similar sentido la sentencia de la Corte Suprema, rol 32.464-2014, 25 de mayo de 2015: «El delito tipificado en el artículo 239 del Código Penal ha de ser conceptualizado como un delito de administración desleal del patrimonio público o más precisamente, de gestión desleal». Antes se había pronunciado en un sentido intermedio, pues había señalado que esta figura penal admite modalidades comisivas asociadas tanto al *engaño* como al *incumplimiento de deberes*: sentencia de la Corte Suprema, rol 496-2011, 4 de diciembre de 2011. Recientemente, un fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt vino a respaldar la postura última de la Corte Suprema al prescindir de los elementos de la estafa: sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 119-2023, del 24 de julio de 2023.

49 En contra, una reciente jurisprudencia que, aplicando la teoría de la comunicabilidad extrema, basada entre otros aspectos en la indivisibilidad del título de castigo, condenó a un particular como autor de tres delitos de fraude al fisco: sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles, RIT 8-2019, 18 de marzo de 2019 (citando a su vez la sentencia de la Corte Suprema, rol 2.321-2007, 19 de mayo de 2008).

50 Sentencia de la Corte Suprema, rol 2.924-2008, 15 de julio de 2009; sentencia

Matus y Ramírez (2006: 498), por ejemplo, puede ser responsable tanto a título de estafa común del artículo 473, de la calificada del artículo 468, o de la especial de artículo 470 numeral 8, según el medio engañoso empleado o la clase de provecho que se obtenga (remuneraciones, subvenciones, etcétera), respectivamente. En cambio, para quienes categorizan este delito como un delito de infracción de deber, podría ser sancionado como cómplice del delito de fraude al fisco (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 146-151, 486).⁵¹

Conducta típica

El tipo penal contempla dos modalidades comisivas: defraudar y consentir en que otro defraude. Estas pueden concretarse de diversas formas, como a través de un engaño, pero bien puede ser también por medio de abusos u omisiones, ya que, como vimos, lo distintivo del fraude al fisco no es el engaño que comete el funcionario, sino que la conducta sea idónea para provocar un detrimento patrimonial fiscal, con incumplimiento de deberes.

Pero dicha conducta debe darse a través de la intervención, en razón de su cargo, de una operación. Se ha señalado correctamente que, al emplearse este término, en lugar de actos específicos que regulaba el Código Penal español y que servía de modelo, se entiende ampliamente cualquier clase de negocio, contrato o actividad económica (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 489).⁵²

La segunda modalidad comisiva es similar a lo revisado en el delito de malversación del artículo 233, pues esta disposición se hace cargo del supuesto en que el funcionario consiente en la defraudación hecha por un tercero, reconociendo así la posibilidad de castigarlo también como autor en un caso que la dogmática moderna consideraría de «autoría mediata con agente doloso» (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 475 y 476).

de la Corte Suprema, rol 13.823-2014, 16 de abril de 2015; sentencia de la Corte Suprema, rol 29.891-2014, 8 de octubre de 2015.

⁵¹ Estos autores reparan en que muchas veces los tribunales sancionan al particular por el delito de estafa, sin analizar en detalle la concurrencia de todos elementos de dicho tipo penal común. No obstante, como vimos, recientemente la jurisprudencia ha validado la tesis de que su naturaleza se asimila más bien a una administración desleal.

⁵² Sin embargo, estos autores restringen las operaciones a aquellas «entre el Estado y un particular», en circunstancias que bien puede cometerse este delito por operaciones entre dos organismos públicos.

Aspecto subjetivo

Para algunos, esta figura exigiría dolo directo, lo que sería consecuente con la tesis de considerar elemental en esta figura el engaño (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 498). Sin embargo, otro sector importante de la doctrina entiende en este caso que basta el dolo eventual (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 490). Con todo, existe consenso en que no es admisible una modalidad imprudente, pues el descuido, por más dañino que sea al interés público, no es una forma de defraudar que se encuentre legalmente sancionada, ni aun parece ser conceptualmente posible (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 498).

Asimismo, existe consenso en que tampoco se exige algún elemento subjetivo especial, como un ánimo de lucro.⁵³

El resultado

El tipo penal exige que el funcionario defraude o consienta en que se defraude, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo. Se trata entonces de un delito de resultado, al exigir el perjuicio, que puede traducirse en un daño emergente o bien en un lucro cesante para el Estado. El resultado exigido por la característica defraudatoria de este delito hace posible la tentativa e incluso la frustración, lo que sería excepcional tratándose de los delitos funcionarios (Matus y Ramírez, 2015: 291; Guzmán Dálbora, 2009b: 404).

En consecuencia, ningún enriquecimiento del funcionario o del tercero es exigible para la consumación de este delito.

Penalidad

La Ley 21.121 de 2018 aumentó la penalidad de esta figura para los casos más graves, pues hasta ese momento tenía una pena considerablemente menor en comparación con la malversación por apropiación.

De esta manera, en el inciso segundo (perjuicio mayor a 40 UTM), si bien antes se establecía la facultad del tribunal para aumentar en un grado la pena, ahora derechamente se subió el marco compuesto de dos

⁵³ Sentencia de la Corte Suprema, rol 496-2011, 4 de diciembre de 2012.

grados. Respecto del inciso final (perjuicio mayor a 400 UTM), se aumentó el marco penal, agregando al presidio mayor en grado mínimo el grado máximo.⁵⁴

54 Se ha señalado que esta graduación de la pena privativa de libertad, al igual que la graduación de la multa, se corresponde con la modalidad establecida para la administración desleal (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 491).



Capítulo 9

Principales delitos contra la administración de justicia cometidos por funcionarios, abogados y procuradores

Comentarios generales

Los delitos contra la administración de justicia, en sentido amplio, pueden ser de muy diversa índole, lo que se grafica por los posibles sujetos activos (jueces y funcionarios del Poder Judicial, abogados y procuradores que participan de la jurisdicción, particulares que intervienen como testigos o peritos), lo que a su vez explica la dispersión en el Código de las distintas figuras. Por ejemplo, las infracciones que tienen como sujeto activo a un agente o a un auxiliar de la administración de justicia —como jueces, abogados y procuradores— figuran en el título 5 del Libro Segundo, entre los delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos; el falso testimonio, la presentación de pruebas falsas y el delito de acusación o denuncia calumniosa aparecen tipificados en el título 4, entre los delitos que vulneran la fe pública; las conductas de obstrucción a la investigación en el título 6, que se refiere a los delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares, etcétera.

En cuanto al bien jurídico, ya hemos indicado en las otras categorías de delitos vinculados con la Administración pública que, si bien la función pública se constituye en un bien protegido transversal, es posible identificar en particulares grupos de delitos intereses específicos que justifican su agrupación. En este caso, esos específicos intereses desde luego se relacionan con la administración de justicia, pero —al igual que como lo advertimos a propósito de la Administración pública— no es la especial relación de quienes integran dicha administración en el Estado lo que se busca proteger, sino su correcto funcionamiento, en tanto permita satisfacer las necesidades generales que justifican su existencia; es decir, la tipificación de las figuras penales se justifica en la medida que la



administración de justicia, en un sentido funcional, se aparta de su razón de ser, cual es el dictar resoluciones justas y resolver conforme a derecho. Sin embargo —y similar a lo comentado en los otros delitos vistos a propósito de la Administración pública—, parte de la doctrina los entiende bajo la categoría de delitos de infracción de deber (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 204-206), con todas las consecuencias estudiadas en materia de participación; o bien, adscriben a un concepto funcional de la Administración, pero agregan deberes específicos funcionariales (Etcheberry, 2010: 203 y 204), tratándose de los delitos cometidos por jueces y funcionarios, pero no necesariamente respecto de otros delitos cometidos por particulares. Por ello, intentando abarcar a todos estos delitos, independiente del sujeto activo, se ha señalado que lo protegido sería el interés público en la fiabilidad del establecimiento de los hechos en los procesos judiciales y en ciertas otras actuaciones judiciales (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 525).

En lo que respecta al estudio que aquí desarrollamos, nos centraremos en los delitos cometidos «contra la Administración de Justicia» por determinados sujetos activos calificados, en particular quienes desempeñan la función jurisdiccional, ya que, de acuerdo al enfoque de este trabajo, vinculado a la corrupción, es en estos delitos, los constitutivos de prevaricación judicial, donde mayor incidencia e impacto puede tener la desviación de los intereses generales en favor de los personales.

Ahora bien, el Código Penal no define la prevaricación judicial, sino que se limita a reunir una serie de conductas que han de entenderse constitutivas de esta clase de delitos y que estudiaremos a continuación. A nivel doctrinal, sin embargo, se entiende que prevaricar en general es «aplicar torcidamente el derecho» (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 203), lo que podría ser aplicable respecto de jueces, fiscales, abogados y funcionarios; pero en específico respecto de quienes desempeñan la función jurisdiccional, prevaricar consiste en faltar un magistrado gravemente, por dolo o culpa, a sus deberes funcionariales, en especial por denegación o torcida administración de justicia (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 525).

Al ser de la mayor relevancia proteger tan relevante función como es la jurisdiccional, no es de extrañar que es recogida expresamente en nuestra Constitución, con principios que parecen tensionar el desempeño de esa función. Por un lado, encontramos los principios de independencia judicial (artículo 73) e inamovilidad de los jueces (artículo 77);

pero por otro se reconoce expresamente su responsabilidad (artículo 76) y, como se ha señalado, ambos son principios instrumentales en la configuración del juez, que se dirigen al mismo fin: asegurar su sumisión al ordenamiento jurídico y solo al ordenamiento jurídico (Vives Antón, 1986: 260).

Prevaricación judicial

Nos referiremos aquí a los siguientes delitos de los artículos 223, 224, 225 y 227. Primero, el artículo 223 dispone:

Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados:

1. Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil.
2. Suprimido.¹
3. Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que este les da, seduzcan o soliciten a persona imputada o que litigue ante ellos.

Artículo 224:

Sufrirán las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos a medios:

1. Cuando por negligencia o ignorancia inexcusables dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa criminal.
2. Cuando a sabiendas contravinieren a las leyes que reglan la sustanciación de los juicios, en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial.
3. Cuando maliciosamente nieguen o retarden la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida.
4. Cuando maliciosamente omitan decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no lleven a efecto la decretada, pudiendo hacerlo.

¹ Este numeral contemplaba la denominada prevaricación-cohecho, numeral que fue derogado por la Ley 21.121. En efecto, era una figura especial del cohecho del artículo 248 del Código Penal, aplicable únicamente a los magistrados de justicia que aceptan dádivas o convengan aceptarlas por hacer o dejar de hacer algún acto propio de su cargo.



5. Cuando maliciosamente retuvieren en calidad de preso a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley.
6. Cuando revelen los secretos del juicio o den auxilio o consejo a cualquiera de las partes interesadas en él, en perjuicio de la contraria.
7. Cuando con manifiesta implicancia, que les sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil.

Artículo 225:

Incurrirán en las penas de suspensión de cargo o empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales o solo en esta última, cuando por negligencia o ignorancia inexcusables:

1. Dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa civil.
2. Contravinieren a las leyes que reglan la sustanciación de los juicios en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial.
3. Negaren o retardaren la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida.
4. Omitieren decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no llevaren a efecto la decretada, pudiendo hacerlo.
5. Retuvieren preso por más de cuarenta y ocho horas a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley.

Artículo 227:

Se aplicarán respectivamente las penas determinadas en los artículos precedentes:

1. A las personas que, desempeñando por ministerio de la ley los cargos de miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales, fueren condenadas por alguno de los crímenes o simples delitos enumerados en dichos artículos.
2. A los subdelegados e inspectores que incurrieren en iguales infracciones.
3. A los compromisarios, peritos y otras personas que, ejerciendo atribuciones análogas, derivadas de la ley, del tribunal o del nombramiento de las partes, se hallaren en idénticos casos.



Sujetos activos

Estos artículos establecen una diversidad de sujetos activos, cuya plausibilidad de concurrencia dependerá del tipo específico que se trate, lo que veremos a propósito de las conductas típicas. No obstante, considerando todas esas figuras, el universo de sujetos activos corresponde al siguiente:²

i) Los miembros de los tribunales de justicia, colegiados o unipersonales. La expresión tribunales de justicia es amplia: comprende los tribunales ordinarios y especiales, como tribunales militares, tributarios, jueces de policía local. También se incluyen otros tribunales fuera del Poder Judicial, como el Tribunal Constitucional,³ Tribunal de Contratación Pública o incluso la Contraloría General de la República en el juicio de cuentas (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 213).

ii) Los fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones y el de Corte Suprema. Al tratarse de esta clase de sujetos activos, considerando que no están legalmente habilitados para dictar una sentencia, no les son aplicable todas las figuras. Por ejemplo, quedan excluidos de la prevaricación judicial propiamente tal (artículo 223 numeral 1).

iii) Compromisarios, peritos, y las personas que están desempeñando, por ministerio de la ley, funciones análogas (artículo 227 del Código Penal). En este caso encontramos por ejemplo a abogados integrantes y defensores públicos, relatores, alcaldes que actúan de jueces de policía local, árbitros de derecho y arbitradores,⁴ etcétera. Sobre este punto, la doctrina concuerda en que cabrían aquí también los fiscales del Ministerio Público, en la medida que están llamados por la ley a desempeñar funciones auxiliares a la administración de justicia de carácter cuasijudicial, susceptibles de reconducirse a las figuras de este párrafo, como sucede particularmente con la decisión de mantener o no detenida a una persona en los casos de detención por delito flagrante (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 529 y 530).⁵

² Ha quedado obsoleta la referencia del artículo 227 numeral 2 a subdelegados e inspectores.

³ Con algunas limitaciones según el artículo 12 de su Ley Orgánica, que señala: «Las decisiones, decretos e informes que los miembros del Tribunal expidan en los asuntos de que conozcan, no les impondrán responsabilidad» (Matus y Ramírez, 2015: 327).

⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 13.268-2006, 16 de agosto de 2007.

⁵ En el mismo sentido Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021: 215 y 216),



Respecto de quienes integran la Corte Suprema, sobre la base de la llamada «ficción de infalibilidad» que contendría el artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales, estarían excluidos como sujetos activos. Tal disposición establece que la responsabilidad personal de los jueces «no es aplicable a los miembros de la Corte Suprema en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de la justicia». Esto ha sido fuertemente criticado por la doctrina, ya que estaría en contradicción con lo señalado en el artículo 79 de la Constitución, que dispone en su inciso segundo que, «tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad», lo que constituye en consecuencia un mandato al legislador no para eximir de responsabilidad a quienes integran la Corte Suprema, sino para regular la manera de hacerla efectiva. De ahí entonces la eventual inconstitucionalidad del artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales, por su equivalencia a «establecer para dichos magistrados una auténtica inmunidad en relación con los delitos aludidos, que son prácticamente todos los mencionados por la disposición constitucional, con excepción del cohecho» (Cury Urzúa, 2005: 220). Por otra parte, la falta de tribunal no es argumento convincente, ya que —como se ha señalado— no se trata aquí de juzgar a la Corte Suprema como cuerpo, sino a alguno o algunos de sus miembros individualmente considerados (Etcheberry, 2010: 106). Esto ha llevado a cuestionar incluso la inconstitucionalidad del artículo 324 (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 210).

En cualquier caso, para hacer efectiva la responsabilidad penal de los jueces y fiscales judiciales es necesario superar un obstáculo procesal: la querrela de capítulos, que importa la dictación de una sentencia firme que declare admisible la acusación si se «hallare mérito», después de un proceso seguido ante un tribunal especial, y que se encuentra regulado en los artículos 424 y siguientes del Código Procesal Penal. En cualquier caso, cabe recordar, como se ha fallado, que:

No se requiere una cabal constatación de los ilícitos que constituyen los capítulos de la querrela, ni de la irrefutable participación de la capitulada

quienes agregan como ejemplo las atribuciones del Ministerio Público para denegar diligencias probatorias, las que se refieren al sobreseimiento y en cierto modo la exclusividad que tiene para solicitar la prisión preventiva, sin que el juez pueda hacerlo de oficio.

en estos, sino solo que alcanzan para considerar que los hechos por los cuales se busca procesar a la mencionada juez de estos autos, no son acusaciones ligeras ni sin fundamentos, sino que más bien se cuenta con evidencias serias sobre las infracciones que ameritaron este antejuicio y que, en caso alguno, lesionan la presunción de inocencia que le asiste conforme a derecho.⁶

La propia Corte Suprema en este sentido ha fallado que sobre el estándar de *hallar mérito* que:

Si bien tal declaración no puede imponer una cabal constatación del ilícito descrito en la querrela, como tampoco la inequívoca convicción de la participación de la querellada —puesto que tales materias son propias de la decisión de fondo—, es lo cierto que la iniciación de este procedimiento especial supone, al menos, que de los antecedentes entregados por el querellante surjan indicios serios y graves de haberse configurado él o los delitos atribuidos y la intervención que en aquel o aquellos habría correspondido a la querellada.⁷

Conductas típicas

Fallar contra ley expresa y vigente

El artículo 223 numeral 1 sanciona expresamente el «fallar a sabiendas contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil».

En cuanto al sujeto activo, se limita considerablemente, dado que solo puede ser cometido por aquellos funcionarios judiciales que se encuentren legalmente autorizados para concurrir con su voluntad al pronunciamiento de un fallo, pudiendo tratarse de tribunales unipersonales o colegiados.

En cuanto a la resolución, puede ser una sentencia definitiva o una interlocutoria que establezca derechos permanentes en favor de las partes, excluyendo en consecuencia autos y decretos. Es más o menos evidente la remisión a la vigencia de la ley, y es discutible la exigencia de que esta sea *expresa*.

⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol 221-2021, 14 de septiembre de 2021. Fue confirmada bajo los mismos argumentos en la sentencia de la Corte Suprema, rol 75.555-2021, 16 de noviembre de 2021.

⁷ Sentencia de la Corte Suprema, rol 75.555-2021, 16 de noviembre de 2021.

La conducta consistiría en dictar un *fallo injusto*, no que exista una simple contradicción con la ley (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 530), sobre todo considerando que se trata del caso más grave de prevaricación. Sin embargo, sobre esta conducta y su materialización en el fallo, se discute si en materia de *iter criminis* se trata de un delito de mera actividad o de resultado, aunque pareciese más bien presentar este último carácter, ya que puede independizarse la redacción del fallo, por ejemplo, de su nacimiento a la vida del derecho, sobre todo tratándose de tribunales colegiados. Con todo, no se requiere que el fallo esté ejecutoriado.

En general, se sostiene que no bastaría fallar contra la equidad y que es también evidente que no todo fallo más tarde revocado es una prevaricación, esto es, que en caso de existir diversas interpretaciones posibles de una ley, no hay prevaricación en aplicar una de ellas, aunque sea incluso contraria a la moral del propio juez que lo hace (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 530). Al respecto, la jurisprudencia ha señalado:

El prevaricato no consiste en que una resolución sea contraria a la ley o en que el juez aplique equivocadamente el derecho, sino que la incorrección jurídica de lo resuelto debe ir unida a la incorrección moral del juez, a la conciencia de este de estar aplicando una disposición en forma contraria a lo que su texto y sentido señalan.⁸

Esto explica que, tratándose del caso más grave de prevaricación, se requiera, además, una especial subjetividad: dolo directo, derivado de la expresión «a sabiendas» que utiliza la ley, lo que se ha entendido por la jurisprudencia como «actuar con voluntad reflexiva y consciente de delinquir».⁹ Si falta el dolo directo, esta clase de prevaricación cometida con *dolo eventual o culposamente (negligencia o ignorancia inexcusable)* se castiga con las penas del artículo 224 numeral 1, cuando se trata de una causa criminal, y el artículo 225 numeral 1, si se trata de una causa civil, lo que tiene incidencia penológica dependiendo de uno u otro caso. En todos estos se concuerda que, pese a que las fórmulas varían, la conducta sería la misma respecto del artículo 223 numeral 1.¹⁰

8 Sentencia de la Corte Suprema, 31 de enero de 1996. En otro caso de una causa civil, estimó que no había prevaricación dado que la conducta abusiva del magistrado requiere como condicional basal que genere la nulidad de la actuación judicial: sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1.100-2011, 9 de enero de 2012.

9 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 13 de agosto de 1901.

10 Estos casos de imprudencia en materia de prevaricación han fundado el valor

Otras formas de torcida administración de justicia (artículo 224 numerales 2 a 7 y artículo 225 numerales 2 a 5)

El Código Penal castiga también otra serie de faltas a ritualidades procesales que pueden ocasionar un peligro para la seguridad de la administración de justicia, como la contravención dolosa o negligente de las reglas de substanciación del juicio capaz de producir la nulidad total o parcial de estos (artículo 224 numeral 2 y artículo 225 numeral 2); fallar una causa existiendo «manifiesta implicancia» (artículo 224 numeral 7);¹¹ omitir maliciosa o negligentemente decretar la prisión de una persona o no llevar a efecto la decretada (artículo 224 numeral 4); y aun para la seguridad individual de quienes comparecen ante ella, como la maliciosa o negligente negativa o retardo injustificado en la administración de justicia y en el auxilio o protección legalmente demandados (artículo 224 numeral 3 y artículo 225 numeral 3); y la más grave de todas —aunque ello no se refleja en la pena prevista por la ley—: la de retener maliciosamente presa a una persona que debe ser puesta en libertad (artículo 224 numeral 5) o negligentemente dejarlo preso por más de 48 horas (artículo 225 numeral 5) (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 531). En cuanto a la revelación de secretos del juicio, del artículo 224 numeral 6, se trata de una especificación de la figura de violación de secretos del artículo 246. Por último, se incluye también como delito el dar consejo o auxilio a una parte en perjuicio de la otra. El ámbito de aplicación de esta figura se restringe notablemente, si se toma en cuenta que dichos consejos o auxilios podrían derivar también en el caso más grave de prevaricación del artículo 223 numeral 1.

dogmático del error de prohibición, toda vez que aquí nos encontramos con personal altamente calificado de acuerdo al sujeto activo que tratamos.

11 La jurisprudencia ha señalado que «este tipo penal está construido sobre la base de la expresión “implicancia”, en sentido amplio, y comprende también las causales de recusación, ya que no podría entenderse de otro modo la expresión “sin hacerla hecho saber previamente a las partes”, desde que las implicancias deben ser declaradas de oficio por el juez y son irrenunciables, mientras que las recusaciones solo pueden ser entabladas por la parte perjudicada, la que no puede hacerse valer si el juez no le da a conocer la causal en cuestión» (sentencia de la Corte Suprema, rol 21.395-2014, 31 de julio de 2014).



Prevaricación solicitud (artículo 223 numeral 3)

En este caso, conocido también como *prevaricación abuso*, se sanciona a quienes, desempeñando una función jurisdiccional o valiéndose del poder que dicha función le otorga, «seduzcan o soliciten a persona imputada o que litigue ante ellos».

Las conductas aquí contempladas se refieren al ámbito sexual, entendiéndose que *solicitar* alude al hecho de que el autor directamente proponga a la víctima alguna forma de intercambio sexual; y *seducir*, en cambio, se refiere a la ejecución de maniobras destinadas a obtener la aquiescencia del sujeto pasivo. Quizá la diferencia más relevante entre ambas, de acuerdo a la extensión del artículo, es que es plausible *solicitar* en favor de terceros.

Bien se ha señalado que no es en realidad una prevaricación, pues en efecto no necesariamente esa conducta puede llegar a relacionarse con una resolución injusta, toda vez que el tipo penal no exige que la solicitud se condicione a un resultado favorable (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 243).¹² Sí constituye obviamente un atentado contra el principio de probidad que informa la función jurisdiccional, y en consecuencia, haciendo prevalecer intereses personales, también constituye una práctica corrupta. Por lo demás, el desvalor también se da por la afectación a la víctima, al ser un caso de acoso sexual agravado, aunque la mayor o menor incidencia de esto puede tener importantes consecuencias en cuanto a la interpretación del alcance de las personas que puedan verse afectadas por las conductas que este delito tipifica.

Así, un punto no resuelto es el alcance del sujeto pasivo, pues si bien es claro que comprende directamente a la persona imputada en causa penal y a la persona que ostenta la condición de parte en causa civil, no hay acuerdo en que se incluya a los apoderados de estas personas. Por ejemplo, quienes excluyen estos casos, justifican que el fundamento de la norma tiene que ver con la falta de libertad que el legislador presume

¹² Aunque sostienen estos autores que tampoco «representa necesariamente un atentado en contra del correcto desempeño de la función pública, aunque constituya un atentado contra el principio de probidad que informa la función jurisdiccional, así como las demás funciones públicas». En nuestra opinión, el realizar estas conductas ejerciendo funciones o aprovechándose de ellas sí afecta un correcto desempeño de la función pública, no en cuanto a sus resultados, sino en cuanto a la forma de desempeñarla, y aunque ello explicaría que sí se asocia con la probidad administrativa, un desempeño con falta de probidad no podría estimarse correcto.

en quien puede verse personalmente afectado por una represalia del hechor, situación de carácter personal que no se da en —ni se comunica a— quien solo presta servicios profesionales en un proceso (Rodríguez Collao y Ossandón Widow, 2021: 244). Sin embargo, otros derechamente entienden que el tipo penal incluye a quienes ejercieren el patrocinio o la representación judicial (Politoff, Matus y Ramírez, 2006: 532). La verdad es que esta interpretación amplia pareciese ser más adecuada, ya que por una parte el tipo penal señala a quien *litigue*, sin precisar directamente o en representación de alguien; y sobre todo, porque la configuración de estos delitos está tratada desde el punto de vista de los sujetos activos especiales y la función que desempeñan, no desde quienes puede verse más o menos afectados, según actúe directamente o representado.

En cualquier caso, es claro que la solicitud de personas que no son parte del proceso ni apoderados de ellas quedan excluidas de esta figura, aunque puede considerarse un caso de abusos contra particulares del artículo 258, con una penalidad bastante menor.



Referencias

- ABD, Diálogo Empresarial de las Américas (2018). *Acción para el crecimiento: Recomendaciones de políticas y plan de acción 2018-2021 para el crecimiento en las Américas*. Banco Interamericano de Desarrollo. DOI: <https://doi.org/10.18235/0001093>.
- Araki, Satoshi y Ugo Panizza (2019). *El uso de indicadores de corrupción en las calificaciones soberanas: Una actualización*. Banco Interamericano de Desarrollo. DOI: [10.18235/0001565](https://doi.org/10.18235/0001565).
- Arís, Manuel, Eduardo Engel y María Jaraquemada (2018). *Reformas anticorrupción en Chile (2015-2017): Cómo se hizo para mejorar la democracia*. Santiago: Konrad Adenauer Stiftung, Espacio Público.
- Artaza Varela, Osvaldo (2016). «La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho». *Política Criminal*, 11 (21): 307-339. DOI: [10.4067/S0718-33992016000100011](https://doi.org/10.4067/S0718-33992016000100011).
- . (2019). «Corrupción entre particulares: Lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo al análisis comparado». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 26: e3684. DOI: [10.22199/issn.0718-9753-2019-0006](https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0006).
- . (2021). «Responsabilidad penal de las personas jurídicas». En *Serie de documentos materiales docentes: Material docente 25*. Santiago: Academia Judicial.
- Asúa Batarrita, Adela (1997). «La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración: Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria». En Adela Asúa Batarrita (editora), *Delitos contra la Administración Pública* (pp. 13-55). Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Bacigalupo, Enrique (1983). «Sobre la reforma de los delitos funcionarios». En *Documentación Jurídica*, 2.
- Balmaceda Hoyos, Gustavo (2012). «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». *Re-*

- vista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 19 (2): 45-81. DOI: [10.4067/S0718-97532012000200003](https://doi.org/10.4067/S0718-97532012000200003).
- Balmaceda Hoyos, Gustavo y Carlos Castro Cuenca (2015). *Corrupción y delitos contra la administración pública: Especial referencia a los delitos de malversación de caudales y fraude al fisco*. Santiago: Librotecnia.
- Benito Sánchez, Carmen Demelsa (2008). «Análisis de las principales iniciativas supranacionales en la lucha contra la corrupción». *Iustitia*, 6: 7-38. DOI: [10.15332/iust.voi6.936](https://doi.org/10.15332/iust.voi6.936).
- Bofill, Jorge (2011). «Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica». En Javier Wilenmann von Berhath (coordinador), *Gobiernos corporativos: Aspectos esenciales de las reformas a su regulación* (pp. 175-195). Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez.
- Bofill, Jorge, Valeria Jelvez y Sebastián Contreras (2019). «Consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal en el derecho chileno». *Derecho y Sociedad*, 52: 59-77. Disponible en <https://bit.ly/42Pou2z>.
- Boles, Jeffrey R. (2014). «The two faces of bribery: International corruption pathways meet conflicting legislative regimes». *Michigan Journal of International Law*, 35 (4): 673-713. Disponible en <https://bit.ly/43dJ1NU>.
- Bullemore, Vivian y John Mackinnon (2007). *Curso de derecho penal: Parte especial*. Tomo 4. 2.^a ed. Santiago: Lexis Nexis.
- Bunster, Álvaro (1948). *La malversación de caudales públicos*. Santiago: Universidad de Chile.
- Carbonell, Juan Carlos (2013). «La corrupción como lacra social, política y económica». *Pasajes*, 42: 4-13. Disponible en <https://bit.ly/3pyWxy6>.
- Carnevali Rodríguez, Raúl y Osvaldo Artaza Varela (2016). «La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción: Desafíos para el derecho penal». *Ius et Praxis*, 22 (2): 53-90.
- Castañeda Rodríguez, Víctor Mauricio (2016). «Una investigación sobre la corrupción pública y sus determinantes». *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 61 (227): 103-136. DOI: [10.1016/S0185-1918\(16\)30023-X](https://doi.org/10.1016/S0185-1918(16)30023-X).
- Chanjan Documet, Rafael (2017). «El correcto funcionamiento de la Administración pública: Fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública». *Derecho Penal y Criminología*, 38 (104): 121-150. DOI: [10.18601/01210483.v38n104.04](https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.04).

- Cuervo-Cazurra, Álvaro, Luciano Ciravegna, Mauricio Melgarejo y Luis López (2018). «Home country uncertainty and the internationalization-performance relationship: Building an uncertainty management capability». *Journal of World Business*, 53 (2): 209-221. DOI: [10.1016/j.jwb.2017.11.002](https://doi.org/10.1016/j.jwb.2017.11.002).
- CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*. OEA/Ser.L/V/II. San José: CIDH. Disponible en <https://bit.ly/43kGNgY>.
- Cordero Vega, Luis (2020). «El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno». *Ius et Praxis*, 26 (1): 240-265. DOI: [10.4067/S0718-00122020000100240](https://doi.org/10.4067/S0718-00122020000100240).
- Corte IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 23: Corrupción y derechos humanos*. San José: Corte IDH.
- Cury Urzúa, Enrique (1986). «Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios». *Revista Chilena de Derecho*, 13 (2): 295-304. Disponible en <https://bit.ly/3Rb2Ovy>.
- . (1992). *Derecho penal: Parte general*. Tomo 2. 2.ª ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- . (1996). «Notas sobre el tráfico de influencia». *Revista de Ciencia Política*, 18 (2): 99-104. Disponible en <https://bit.ly/44KaesJ>.
- . (2005). *Derecho penal: Parte general*. 8.ª ed. Santiago: Ediciones UC.
- Dahlström, Carl y Víctor Lapuente (2018). *Organizando el Leviatán: Por qué el equilibrio entre políticos y burócratas mejora los gobiernos*. Madrid: Deusto.
- Dahlström, Carl, Víctor Lapuente y Jan Teorell (2012). «The merit of meritocratization: Politics, bureaucracy, and the institutional deterrents of corruption». *Political Research Quarterly*, 65 (3): 656-668. DOI: [10.1177/1065912911408109](https://doi.org/10.1177/1065912911408109).
- Del Solar, Felipe (2021). «La Comisión de Ética Pública de 1994 y los primeros avances en transparencia y probidad luego de la recuperación de la democracia en Chile». En Angelo Palomino y María Constanza Salinas (editores), *Integridad, probidad y transparencia en Chile: Tres décadas de avances y desafíos* (pp. 19-44). Santiago: Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- Detert, James R. y Linda K. Treviño (2010). «Speaking up to higher-ups: How supervisors and skip-level leaders influence employee voice». *Organization Science*, 21 (1): 249-270. DOI: [10.1287/orsc.1080.0405](https://doi.org/10.1287/orsc.1080.0405).

- Donna, Edgardo Alberto (2008). *Delitos contra la Administración pública*. 2.ª ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Duce, Mauricio (2020). «La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile». *Quaestio Facti*, 1: 103-132. DOI: [10.33115/udg_bib/qf.io.22365](https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.io.22365).
- Duce, Mauricio, Cristián Riego, Valentina Zagmutt y Bastián Martínez (2019). *El sistema de justicia penal y su lucha contra la corrupción: Informe de Chile*. Santiago: Espacio Público. Disponible en <https://bit.ly/3X8Io8N>.
- Duce, Mauricio y Juan Enrique Vargas (2000). *Informe sobre independencia judicial en Chile*. Santiago: Due Process of Law Foundation.
- Elliot, Kimberly Ann (editora) (2001). *La corrupción en la economía global*. Ciudad de México: Limusa.
- Etcheberry, Alfredo (2010). *Derecho penal: Parte especial*. Tomo 4. 3.ª ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- Fernández, Mauricio (2015). «Recientes reformas legales en Chile en lavado de dinero: La Ley 20.818». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 62: 175-190.
- Fernández Aracena, Hernán (2022). «La configuración del cohecho transnacional post Ley 21.121». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 84: 26-53.
- Ferrajoli, Luigi (1996). «El Estado constitucional de derecho hoy: El modelo y su divergencia con la realidad». En Andrés Ibáñez (director), *Corrupción y Estado de derecho: El papel de la jurisdicción* (pp. 15-29). Madrid: Trotta.
- Fiscalía de Chile (2022). *Memoria institucional de la gestión 2015-2022*. Santiago. Disponible en <https://bit.ly/43WmCGo>.
- Fluxá, Rodrigo (2019). *Usted sabe quién: Notas sobre el homicidio de Viviana Haeger*. Santiago: Catalonia.
- García, Ernesto (2021). «Contraloría General de la República de Chile: El uso de análisis de datos masivos para detectar conflictos de intereses». En Angelo Palomino y María Constanza Salinas (editores), *Integridad, probidad y transparencia en Chile: Tres décadas de avances y desafíos* (pp. 162-183). Santiago: Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- García Arán, Mercedes (1990). *La prevaricación judicial*. Madrid: Tecnos.

- García Cavero, Percy (1999). *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. Barcelona: J. M. Bosch.
- . (2003). *Derecho penal económico: Parte general*. Lima: Ara.
- García Palominos, Gonzalo (2019a). «El sepulturero: ¿Una propina como cohecho? SCA de Antofagasta, 16/12/2010, rol 370/2010». En Tatiana Vargas Pinto (directora), *Casos destacados: Derecho penal, parte especial* (pp. 181-202). Santiago: Der.
- . (2019b). «(In)compatibilidad del financiamiento ilegal de la actividad parlamentaria con el delito de cohecho (artículos 248 y ss. CP)». *Política Criminal*, 14 (27): 122-172. DOI: [10.4067/S0718-33992019000100122](https://doi.org/10.4067/S0718-33992019000100122).
- Garrido Montt, Mario (1997). *Derecho penal: Parte general*. Tomo 1. Santiago: Jurídica de Chile.
- Garzón Valdés, Ernesto (1996). «Acerca del concepto de corrupción». En Francisco J. Laporta San Miguel y Silvina Álvarez Medina (compiladores), *La corrupción política* (pp. 39-70). Madrid: Alianza.
- Gilli, Juan José (2014). «La corrupción: Análisis de un concepto complejo». *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, 61: 39-63. Disponible en <https://bit.ly/3NOoBH9>.
- Godoy Arcaya, Óscar (1996). «Consideraciones generales sobre la corrupción y su prevención». *Revista de Ciencia Política*, 18 (1-2): 15-30. Disponible en <https://bit.ly/43QOvPZ>.
- Gómez Martín, Víctor (2012). «Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: Una distinción necesaria para los delitos especiales de funcionario». *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 8: 3-44.
- González, Consuelo (2021). «Mecanismos de prevención de los conflictos de intereses y resguardo de la probidad en el ejercicio de la función pública: Ideas matrices y análisis de funcionamiento de la declaración de intereses y patrimonio». En Angelo Palomino y María Constanza Salinas (editores), *Integridad, probidad y transparencia en Chile: Tres décadas de avances y desafíos* (pp. 145-161). Santiago: Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- Gracia Martín, Luis (2016). «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18. Disponible en <https://bit.ly/3JfoOR2>.

- Guzmán Dálbora, José Luis (2009a). «La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno». En *Estudios y defensas penales* (pp. 329-399). Santiago: Legal Publishing.
- . (2022). *La corrupción en Chile e Iberoamérica: Estudio criminológico, comparativo y dogmático*. Santiago: Jurídicas de Santiago.
- Hernández Basualto, Héctor (2005). «La administración desleal en el derecho penal chileno». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 26 (1): 201-258. Disponible en <https://bit.ly/3pIKxA2>.
- . (2010). «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile». *Política Criminal*, 5 (9): 207-236. DOI: [10.4067/S0718-33992010000100005](https://doi.org/10.4067/S0718-33992010000100005).
- . (2016). «La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho». *Revista de Ciencias Penales*, 43 (4): 15-28.
- Huang, Chiung-Ju (2016). «Is corruption bad for economic growth? Evidence from Asia-Pacific countries». *The North American Journal of Economics and Finance*, 35 (3): 247-256. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.najef.2015.10.013>.
- Huber, Ludwig (2009). «Algunas anotaciones políticamente incorrectas sobre la lucha contra la corrupción». *Argumentos*, 1. Disponible en <https://bit.ly/43ssmY4>.
- Jakobs, Günter (1997). *Derecho penal: Parte general*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González. 2.ª ed. Madrid: Marcial Pons.
- Jarquín, María José (2021). «La Agenda de Integridad y Transparencia en Chile». En Angelo Palomino y María Constanza Salinas (editores), *Integridad, probidad y transparencia en Chile: Tres décadas de avances y desafíos* (pp. 12-18). Santiago: Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- Kleimann, Mark A. R. (2010). *When brute force fails: How to have less crime and less punishment*. Princeton: Princeton University Press.
- Klitgaard, Robert (1994). *Controlando la corrupción: Una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Labatut, Gustavo (1977). *Derecho penal: Parte especial*. 6.ª ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- . (2000). *Derecho penal*. Tomo 2. 7.ª ed. Santiago: Jurídica de Chile.

- Lascoumes, Pierre (2000). *Corrupciones: El poder frente a la ética*. Barcelona: Bellaterra.
- Leff, Nathaniel (1964). «Economic development through bureaucratic corruption». *American Behavioral Scientist*, 8 (3): 8-14. DOI: [10.1177/000276426400800303](https://doi.org/10.1177/000276426400800303).
- Malem Seña, Jorge Francisco (2002). *La corrupción: Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa.
- Mañalich, Juan Pablo (2012). «La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales». *Política Criminal*, 7 (14): 357-377. DOI: [10.4067/S0718-33992012000200004](https://doi.org/10.4067/S0718-33992012000200004).
- . (2018). «El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 51: 95-122. DOI: [10.4067/S0718-68512018005000202](https://doi.org/10.4067/S0718-68512018005000202).
- Matus, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez (2015). *Lecciones de derecho penal chileno: Parte especial*. Tomo 2. 3.^a ed. Santiago: Legal Publishing.
- . (2017). *Manual de derecho penal chileno: Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mikkelsen-Loth, Jorge Federico (2001). *Enriquecimiento ilícito: El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la Administración pública*. Buenos Aires: La Ley.
- Mir Puig, Carlos (2000). *Los delitos contra la Administración pública*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Mir Puig, Santiago (1994). *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel.
- . (2011). *Derecho penal: Parte general*. 9.^a ed. Barcelona: Reppertor.
- Mönckeberg, María Olivia (2001). *El saqueo de los grupos económicos al Estado chileno*. Santiago: Ediciones B.
- Mora Ortega, Rodrigo (2021). «La implementación de la Ley de Lobby con énfasis en el rol de los funcionarios públicos». En Angelo Palomino y María Constanza Salinas (editores), *Integridad, probidad y transparencia en Chile: Tres décadas de avances y desafíos* (pp. 127-144). Santiago: Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- Morales Prats, Fermín y María José Rodríguez Puerta (2001). «Delitos contra la Administración pública». En Gonzalo Quintero Olivares (director), *Comentarios al nuevo Código Penal*. 2.^a ed. Pamplona: Aranzadi.

- Navas, Iván y Antonia Jaar (2018). «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena». *Política Criminal*, 13 (26): 1027-1054. DOI: [10.4067/S0718-33992018000201027](https://doi.org/10.4067/S0718-33992018000201027).
- Novoa Monreal, Eduardo (2005). *Curso de derecho penal chileno*. Tomo 2. Santiago: Jurídica de Chile.
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2018). *Chile phase 4 report: Implementing the OECD anti-bribery convention*. Disponible en <https://bit.ly/3Crw7RI>.
- O'Donnell, Guillermo (1998). «Horizontal accountability in new democracies». *Journal of Democracy*, 9 (3): 112-126. DOI: [10.1353/JOD.1998.0051](https://doi.org/10.1353/JOD.1998.0051).
- Oelckers, Osvaldo (2000). «Las sociedades de capital mayoritario del Estado: Sus vínculos y diferencias con la Administración del Estado. Su estatuto y control». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 21: 61-78. Disponible en <https://bit.ly/3JpvYIY>.
- Olaizola Nogales, Inés (1999). *El delito de cohecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Oliver Calderón, Guillermo (2005). «Aproximación al delito de cohecho». *Revista de Estudios de la Justicia*, 5: 83-115.
- . (2016). «¿Atipicidad del cohecho de empleado público para infringir deberes funcionariales genéricos? A propósito de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 13 de junio de 2013, dictada en causa rol 2.560 2013». En Claudia Cárdenas Aravena y Jorge Ferdman Niedmann (coordinadores), *El derecho penal como teoría y como práctica: Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (pp. 797-815). Santiago: Thomson Reuters.
- . (2021). «Juicio crítico sobre las últimas modificaciones legales al delito de cohecho (Ley 21.121)». *Política Criminal*, 16 (32): 773-797. DOI: [10.4067/S0718-33992021000200773](https://doi.org/10.4067/S0718-33992021000200773).
- Orrego, Claudio (1999). «Corrupción: Modelos y factores determinantes». *Revista de Ciencia Política*, 20 (1): 96-125. Disponible en <https://bit.ly/45HtIzO>.
- Ossandón Widow, María Magdalena (2012a). «Malversación y fraude al fisco». *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, 1: 163-180.
- . (2012b). «Sobre la calidad de empleado público en los delitos funcionariales y la punibilidad de quienes no la poseen». *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 8: 45-82.

- Piña Roquefort, Juan Ignacio (2010). *Derecho penal: Fundamentos de la responsabilidad*. Santiago: Abeledo Perrot.
- . (2012a). «El delito de malversación de caudales públicos imputado a L. P. B». *Informes en Derecho: Doctrina Procesal Penal 2011*: 147-150.
- . (2012b). «Malversación de caudales públicos. Causa Ministerio Público contra J. A. D. M. y L. A. M. Q.». *Informes en Derecho: Doctrina Procesal Penal 2011*: 181-203.
- Politoff, Sergio, Francisco Grisolia y Juan Bustos (2006). *Derecho penal chileno: Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. 2.^a ed. Santiago: Jurídica Congreso.
- Politoff, Sergio, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez (2006). *Leciones de derecho penal chileno: Parte especial*. 2.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- Precht, Alberto (2021). «La instalación de una cultura de la transparencia». En Angelo Palomino y María Constanza Salinas (editores), *Integridad, probidad y transparencia en Chile: Tres décadas de avances y desafíos* (pp. 78-105). Santiago: Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- Queralt Jiménez, Joan J. (1997). «Delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal». En Gimeno, Queralt y Martín, *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995*. Madrid.
- Ramírez, Cristián (2021). *Corrupción y otros delitos en la Administración pública*. 2.^a ed. Santiago: El Jurista.
- Ramos Tapia, María Inmaculada (2000). *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rehren, Alfredo (2002). «Clientelismo político, corrupción y reforma del Estado en Chile». En Salvador Valdés Prieto (compilador), *Reforma del Estado*, volumen 2 (pp. 127-164). Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- Robles Planas, Ricardo (2003). *La participación en el delito: Fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez Collao, Luis (2004). «Delimitación del concepto penal de corrupción». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 25: 339-359. Disponible en <https://bit.ly/3owZiQj>.
- Rodríguez Collao, Luis y María Magdalena Ossandón Widow (2021). *Delitos contra la función pública*. 3.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.

- Rose-Ackerman, Susan y Bonnie J. Palifka (2016). *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: [10.1017/CBO9781139962933](https://doi.org/10.1017/CBO9781139962933).
- Roxin, Claus (1998). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Traducción desde la 6.^a edición alemana de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons.
- Sacerdoti, Giorgio (2000). «¿Sobornar o no sobornar?». En *Las reglas del juego cambiaron: La lucha contra el soborno y la corrupción* (pp. 35-61). Ciudad de México: OCDE.
- Sánchez Vera, Javier (2002). *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons.
- Schepeler, Enrique (1953). «Comunicabilidad y parricidio». *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 50 (1): 85-100.
- Schoenmakers, Gisela (2017). «Análisis del concepto de empleado público para la aplicación de los tipos penales de tortura a los trabajadores de organismos colaboradores del Sename». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 71: 177-205.
- Silva, Patricio (2018). *La república virtuosa: Probidad pública y corrupción en Chile*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Suárez Sánchez, Alberto (2000). «El sujeto activo contra la Administración pública». *Derecho Penal y Criminología*, 21 (68): 13-42. Disponible en <https://bit.ly/3CCUf4g>.
- Tablante, Carlos y Mariela Morales Antoniazzi (editores) (2018). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Toro Justiniano, Constanza (2009). «Género y corrupción: Reflexiones sobre cómo incorporar una perspectiva de género en el campo de la lucha contra la corrupción». *Repositorio Académico de la Universidad de Chile*. Disponible en <https://bit.ly/45B7NKe>.
- Torres Figueroa, Angélica (2019). «Modificaciones incorporadas por la Ley 21.121 al Código Penal: Especial referencia al cohecho por la función, en razón del cargo o sin contraprestación». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 76: 59-77.
- Treviño, Linda K., Laura P. Hartman y Michael Brown (2000). «Moral person and moral manager: How executives develop a reputation for ethical leadership». *California Management Review*, 42 (4): 128-142. DOI: [10.2307/41166057](https://doi.org/10.2307/41166057).

- UAF, Unidad de Análisis Financiero (2022). *VIII Informe de tipologías y señales de alerta de lavado de activos en Chile*. Santiago: UAF. Disponible en <https://bit.ly/3Cw3rHn>.
- Van Weezel, Alex (2007). *Delitos tributarios*. Santiago: Jurídica de Chile.
- . (2008). «El sujeto activo del delito previsto en el artículo 97 numeral 4 inciso segundo del Código Tributario: Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 1 de julio de 2008, causa rol 638-2008». *Semana Jurídica*, 3 (101): 1165-1166.
- . (2012). «Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Política Criminal*, 5 (9): 114-142. DOI: [10.4067/S0718-33992010000100003](https://doi.org/10.4067/S0718-33992010000100003).
- Varas Videla, Eduardo (1941). «Comunicabilidad a los codelincuentes de los elementos constitutivos del delito». *Revista de Ciencias Penales*, 5: 49-56.
- Vera, Jaime (2004). *El delito de tráfico de influencias*. Santiago: Jurídica La Ley.
- Villada, Jorge Luis (1999). *Delitos contra la función pública*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Vives Antón, Tomás (1986). «La responsabilidad de los jueces en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial». *Estudios Penales y Criminológicos*, 9: 258-282. Disponible en <http://hdl.handle.net/10347/4330>.
- Zalaquett, José (2005). *Transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción en América*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Disponible en <https://bit.ly/3oGIItO>.



Corrupción
de Sebastián Valenzuela Agüero



Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes



Como parte del equipo de Tipografía,
trabajaron en este libro: Verónica Carrasco, Macarena Buzeta,
Ana María González y Marco Antonio Coloma

