

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

MARIO GARRIDO MONTT

# DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

TOMO III

DELITOS CONTRA LA VIDA  
DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA SALUD  
DELITOS CONTRA EL HONOR  
DELITOS QUE AFECTAN A GARANTÍAS CONSTITUCIONALES  
DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LA FAMILIA  
DELITOS CONTRA LA MORALIDAD E INTEGRIDAD SEXUAL  
DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS PÚBLICOS

Cuarta edición actualizada  
con la colaboración de Alejandro Moreira Dueñas,  
ayudante de la cátedra del autor

© MARIO GARRIDO MONTT

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE  
Ahumada 131, 4º piso, Santiago de Chile

Registro de Propiedad Intelectual  
Inscripción N° 193.431, año 2010  
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta cuarta edición  
en el mes de julio de 2010

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros Ltda.

IMPRESO EN CHILE/ PRINTED IN CHILE

ISBN de la obra completa 978-956-10-1594-4

ISBN de este tomo 978-956-10-2044-3



[www.editorialjuridica.cl](http://www.editorialjuridica.cl)

## 26. DELITOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS QUE AFECTAN A LA PROBIDAD

### 26.1. INTRODUCCIÓN

En general todos los delitos cometidos por los funcionarios del Estado en alguna manera afectan a la probidad administrativa, pero existen algunas figuras particularmente relevantes en este aspecto: la malversación de caudales públicos, el cohecho y los fraudes. A continuación se analizarán en particular.

### 26.2. MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

#### 26.2.1. Aspectos generales

Entre los delitos cometidos por los empleados públicos, en el Título V, párrafo 5, arts. 233 a 237 del Código Penal se regla el delito de malversación de caudales públicos. En realidad no existe sólo un tipo penal en esta figura, pues la conforman varias conductas de distinto orden, como la sustracción de fondos (art. 234), la distracción de los mismos (art. 235), darles una destinación diversa a la que correspondía (art. 236) y negarse a efectuar un pago o a entregar una cosa (art. 237). Podría sostenerse que se trata de un delito de hipótesis múltiple, y las penas que corresponden a cada una de esas hipótesis también son diversas.

#### 26.2.2. Elementos comunes

No obstante lo antes comentado, todas las modalidades de malversación tienen ciertos elementos comunes, como el sujeto activo, el objeto sobre el cual recae la acción y la naturaleza de la vinculación del sujeto con el objeto.

##### a) El sujeto del delito

Parece obvio que ubicándose esta figura en el Título V del segundo Libro, a saber, los delitos cometidos por empleados públicos,

necesariamente los actores deben tener esa calidad, que ha de entenderse en el alcance que le otorga el art. 260, disposición que pone término al referido Título. De modo que puede ser sujeto activo de estos ilícitos todo aquel que desempeñe un cargo o función pública en la administración central del Estado, descentralizada o en las municipalidades, aunque no tenga nombramiento del Presidente de la República o haya sido designado por elección popular.

Sin perjuicio de lo expresado, el art. 238 amplía la responsabilidad "al que se halle encargado *por cualquier concepto* de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia". Este precepto establece una excepción, que comprende a cualquiera persona, sea empleado público o un particular, que no haya sido designada por la ley o un reglamento para ejercer tal función (puede ser nominado por una mera resolución de la administración); sin embargo, —conforme a esta norma— podría responder por estos ilícitos si incurre en alguno de los comportamientos prohibidos.

##### b) Objeto material sobre el cual recae la acción

El subtítulo del párrafo lo está indicando: "malversación de caudales públicos", o sea, que el objeto de la acción imperativamente ha de ser *caudales públicos*; también se extiende, a veces, a *caudales particulares*, como se indicará más adelante. El concepto de "caudal" es equiparable, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, a cualquier objeto o efecto, bien mueble, dinero, valor negociable, que sea susceptible de apreciación económica, aunque no de manera inmediata (Suárez Montes, Rodríguez Devesa, Muñoz Conde).<sup>735</sup> Esta noción es suficientemente amplia para abarcar los diversos bienes a que se refiere el legislador; no obstante, en los arts. 233 y siguientes se hace expresa referencia a "caudales o efectos públicos o de particulares", diferenciando lo que es *caudal* de lo que es *efecto*. Por "efecto" se entiende aquel documento que siendo representativo de un valor económico, pecuniario, se puede negociar; por consiguiente, la noción "efecto" quedaría abarcada en la amplia noción de caudal antes señalada. En definitiva,

<sup>735</sup> E. Orts Berenguer, opus cit., p. 487.

caudal y efecto responden a una misma idea: cosas susceptibles de apreciación pecuniaria; sin embargo, no se extendería a los bienes inmuebles.

Como se ha señalado, la norma en cuestión distingue entre los caudales o efectos que son *públicos* de aquellos que son *privados*. “Públicos” son los bienes económicos vinculados con la administración del Estado en su amplio alcance, incluidas las municipalidades y organismos autónomos, de manera que este concepto excede claramente al de bienes pertenecientes al Fisco. Pues efectos o caudales *particulares* son aquellos bienes que teniendo la referida calidad, están a cargo de un empleado público con el objetivo de administrarlos o custodiarlos, idea que se colige del art. 233, que hace referencia a los caudales o efectos *particulares* que un funcionario, en esa calidad, tiene en depósito, consignación o secuestro. Estas últimas palabras, si bien poseen un alcance jurídico específico, han de entenderse en este caso en su sentido corriente, y referidas a la modalidad de tenencia de parte del empleado de los bienes privados. Al efecto, no se requiere de la celebración formal de un contrato civil; el funcionario, en todo caso, debe tener estos caudales en mérito de las obligaciones que le son propias, no por su mera voluntad.<sup>736</sup>

#### c) Naturaleza de la relación existente entre el funcionario y los caudales

Como resulta obvio de lo recién comentado, para que el empleado público responda por este delito se requiere que cumpla con la condición –imprescindible– de *tener a su cargo* los caudales o efectos de que se trate. Tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en cuanto a que esa función ha de estar dispuesta especialmente por una ley o, a lo menos, por un reglamento. Un funcionario puede circunstancialmente tener caudales a su disposición, pero si no están a su cargo en razón de la función que desempeña, no responde por el delito de malversación si en esas circunstancias los distrae o se apropia de ellos. Sería el caso del empleado de un tribunal que se le manda cerrar la caja de seguridad del juzgado que está bajo la custodia del secretario del mismo, que sustrae dineros al hacerlo. Ese empleado no comete

<sup>736</sup> Etcheberry, opus cit., t. IV, p. 237.

malversación,<sup>737</sup> sin perjuicio de que responda por tipos penales como hurto, robo, apropiación indebida u otros.

#### d) Tipo doloso y culposo de malversación

En el Código se sancionan dos clases de malversación, la realizada con dolo en los arts. 233, 235 y 236, y la que se produce por negligencia o imprudencia, en el art. 234. Esta última hipótesis es uno de los casos donde la culpa del funcionario público es castigada como delito. A continuación se procederá a comentar ambas situaciones separadamente.

#### 26.2.3. Sustracción dolosa de caudales o efectos públicos (peculado, arts. 233, 235 y 236)

Esta figura penal reprime al funcionario público siempre que actúe *dolosamente*, y se apropie de los caudales o efectos a su cargo. Puede adoptar diversas modalidades que –aunque la doctrina lo dude o controvierta– requieren de apropiación de los bienes recién señalados, en el sentido jurídico de la expresión. Las modalidades son las siguientes: a) la apropiación de los caudales *sin reintegro*, que se castiga en el art. 233; b) la sustracción con *reintegro*, descrita en el art. 235, y c) dar a los bienes una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, sancionada en el art. 236. La doctrina conoce a estas conductas típicas –en especial a la indicada en la letra a)– con la denominación de “peculado”.

Es indudable que la forma como los preceptos citados describen estas figuras no ha sido feliz, lo que ha dado motivo a diversas posiciones interpretativas y comentarios encontrados sobre su real sentido, que giran en torno al alcance de las expresiones usadas al tipificarlas: “sustraer”, “aplicar a usos propios o ajenos” y “aplicación pública diferente”. En más de una oportunidad se ha sostenido que el legislador no emplea expresiones técnicas, sino vocablos a los cuales debe dárseles su sentido natural, sin perjuicio de que al interpretar o precisar el alcance de una institución o de una figura penal, o sea, al determinar el alcance de un precepto, ese alcance

<sup>737</sup> Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones*, t. II, p. 493.

debe ser establecido considerando la finalidad de la norma, su contexto y funcionalidad en el sistema. En otros términos, no se está indagando el significado de una palabra o vocablo, sino el alcance sistemático de un tipo penal. En la especie, se trata de establecer la conducta sancionada tratándose de funcionarios públicos que, como tales, el ordenamiento jurídico sujeta a la más estricta probidad. de modo que cuando se les encomienda la tenencia, administración o depósito de bienes, no pueden disponer de ellos o modificar arbitrariamente su destinación. Jurídicamente, para estos efectos *sustraer* o dar una *aplicación* no autorizada es “disponer” de tales caudales o efectos, y *disponer* es inherente al hecho de *apropiarse*, al ánimo *rem sibi habendi* de los mismos, sin perjuicio de que aspiren a restituirlos con posterioridad o de que los destinos a los cuales los hayan aplicado sean positivos.

Es en ese sentido como corresponde entender las figuras penales en análisis, no obstante la ambigüedad de la literalidad de los textos que las definen. En la actualidad las expectativas de la sociedad sobre la responsabilidad de las autoridades públicas y la sanidad de sus acciones lo hace imperativo.

Al analizar conforme al referido criterio los arts. 233, 235 y 236 se colige que se hizo distinción entre dos órdenes de apropiación: a) cuando el funcionario sustrae los caudales o efectos en su propio beneficio o en el de terceros, distinguiendo si no los restituye con posterioridad (art. 233), o si los restituye (art. 235), y b) cuando les da una aplicación pública diferente (art. 236).

#### 26.2.4. *Sustracción dolosa de efectos o caudales públicos sin reintegro*

El inciso primero del art. 233 expresa: “El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustraere o consintiere que otro los sustraiga, será castigado (...)”. Esta figura se caracteriza por el tipo subjetivo, el funcionario debe actuar *dolosamente*, con voluntad de apropiarse de los caudales o parte de ellos, técnicamente con ánimo *rem sibi habendi*,<sup>738</sup> o *permitir* –dolosamente también– que otro los sustraiga, sin que en definitiva restituya los bienes apropiados.

<sup>738</sup> Cfr. Labatut, opus cit., t. II, p. 81; Álvaro Bunster, *La malversación*, p. 44.

El *tipo objetivo* consiste en *sustraer, apoderándose* –sea por sí mismo o por medio de un *tercero*– *de los caudales o efectos*, sacándolos de la esfera de custodia donde se encuentran. En otros términos, esos bienes se trasladan del ámbito de la función pública que ejerce el agente, a la esfera de la función privada del mismo agente o de un tercero. Hay que distinguir, de consiguiente, el *ámbito de custodia* que con relación a los efectos o caudales le corresponde al empleado público como funcionario, del de la esfera privada que le es propia como particular. Por otra parte, los caudales o efectos deben *estar a cargo* del funcionario, en el sentido que se señala en párrafo precedente.

Sobre el alcance de la expresión “*sustracción*” existen opiniones contrarias a lo recién señalado; se sostiene que dicha expresión no es asimilable a la de “*apropiación*” y, por ello, no es necesario que subjetivamente el agente actúe con esta última voluntariedad,<sup>739</sup> criterio que no se comparte. Como se hizo notar precedentemente, los tipos penales deben ser interpretados en su sentido final, considerando su contexto y funcionalidad.

Esta figura, como la reglada en el art. 235, está integrada, según el caso, por una condición objetiva del tipo, de orden positivo o negativo, que consiste en si se reintegran o no los bienes apropiados ilícitamente. Lo señalado se desprende del contexto de las disposiciones que reglan la malversación, en especial al vincular el art. 233 con el art. 235. A saber, si no hay reintegro (condición negativa), debe aplicarse el art. 233; en tanto que si se produce la restitución de los caudales o efectos (condición positiva), debe aplicarse el art. 235. Esta última disposición lo dice expresamente: “No verificado el reintegro, se le aplicarán (al funcionario) las penas señaladas en el artículo 233”, frase que debe entenderse complementaria de este art. 233.<sup>740</sup> La diferencia

<sup>739</sup> Etcheberry hace un interesante resumen de las distintas posiciones, opus cit., t. IV, pp. 237 y ss.

<sup>740</sup> Autores como Politoff, Matus y Ramírez distinguen en estos casos, según se trate o no de bienes fungibles, los entregados al funcionario –tal sucedería con los dineros “por rendir cuenta” dados al empleado–, donde se incurriría en una especie de apropiación indebida si los usa para sí, por cuanto siempre esa entrega es en propiedad, sin perjuicio de que si no los reintegra oportunamente, se configuraría la sustracción requerida por el tipo descrito en el art. 233 (*Lecciones*, t. II, pp. 494-495).



que existe entre la malversación sancionada en el art. 233 en estudio y la descrita en el art. 235 (que se comentará en el párrafo siguiente), no incide en el tipo objetivo ni subjetivo, sino en la condición objetiva positiva que en esta última se requiere: que se reintegre el caudal o los efectos apropiados indebidamente. Es útil reparar que la disposición anteriormente transcrita expresa "no verificado el reintegro", expresión neutra y de índole objetivista. no exige que la restitución la realice el funcionario, lo que requiere es que se concrete. En otros términos, ofrece seria diferencia con la atenuante del art. 11 N° 7, que supone una voluntad de reparación del mal causado de parte del agente. En el art. 235 al Estado lo que le interesa es la recuperación de los caudales, sin distinguir en cuanto quién hace el reintegro ni el objetivo con que se procede a hacerlo, sea que lo cumpla el funcionario, el que los sustrajo, aquellos en cuyo beneficio se hizo la aplicación no autorizada o un tercero. Ello permite calificar ese reintegro como condición objetiva.

El delito de malversación doloso es de *resultado o material*, consiste en sustraer caudales o efectos, con ánimo de apropiación, de modo que son posibles las formas imperfectas.

La *sanción* que corresponde a este tipo penal se determina en el art. 233, y depende de la cuantía de lo malversado. Si excede de una unidad tributaria y no pasa de cuatro, la pena es presidio menor en su grado medio más multa de cinco unidades tributarias; si excede de cuatro unidades tributarias y no pasa de cuarenta, presidio menor en su grado máximo y multa de diez unidades tributarias mensuales; si excede de cuarenta unidades tributarias mensuales, presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales. En todo caso, cualquiera sea el monto de lo malversado, se debe aplicar, además, la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.

#### 26.2.5. Distracción dolosa de caudales o efectos con reintegro

Este tipo penal ha motivado, en parte, controvertidas interpretaciones respecto de las diversas figuras de malversación de cau-

dales, particularmente de la recién comentada. El art. 235 en sus dos primeros incisos expresa: "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 del diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere substraído.

No verificado el *reintegro*, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233".

Como se expresó en el párrafo anterior, los tipos objetivo y subjetivo son iguales a los que se señalaron al analizar la malversación sin restitución descrita en el art. 233. Se diferencian de esta última figura en la condición objetiva positiva que se exige, esto es, que el funcionario reintegre los caudales o efectos, lo que se desprende del inciso recién transcrito. El uso de las expresiones "aplicare a usos propios o ajenos" por el art. 235 no modifica lo antes afirmado, pues aplicar en propio beneficio o en el de terceros los bienes públicos importa disponer de ellos, o sea, es realizar un acto de señor y dueño.<sup>741</sup> No está de más adelantar que si el funcionario le da una aplicación pública diversa, el hecho se desplaza al delito descrito en el art. 236, que se estudiará más adelante. Sectores de la doctrina han sostenido que el tipo subjetivo exige un dolo especial, no de apropiación, sino de usar temporalmente los bienes, con ánimo de reintegrarlos con posterioridad, opinión que no se comparte, por cuanto tanto en el art. 233 como en el art. 235 no se hace mención a estados anímicos especiales. El delito descrito en el art. 235 —al igual que el sancionado en el art. 233— es de resultado, se perfecciona desde que a los bienes se les da una aplicación diversa, es posible la tentativa y la frustración.

*Pena correspondiente a este delito.* Para determinar la sanción se distingue si la acción del empleado provocó *daño o entorpecimiento del servicio* (perjuicio que debe ser distinto a la simple sustracción o pérdida de los caudales o efectos) y, claro está, que los bienes hayan sido reintegrados. Si hubo daño o entorpecimiento, la pena es inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa del diez al cincuenta por ciento de la cantidad usada indebidamente (inc. primero del art. 235). La

<sup>741</sup> Cfr. en principio Labatut, opus cit., t. II, p. 81.



pena señalada resulta evidentemente benigna y no condice con las valoraciones que sobre el punto tiene la actual sociedad; no obstante puede explicarse en el interés del Estado de recuperar los caudales o efectos malamente apropiados por el funcionario.

Si *no hubo daño o entorpecimiento* del servicio, la sanción es suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinticinco por ciento de la cantidad malversada. Esta pena podría justificarse por la reintegración de los valores y por no haberse causado otros perjuicios.

¿*Cuándo se debe hacer el reintegro?* El Código Penal no aclaró hasta qué momento es posible hacer la devolución de los caudales o efectos con trascendencia penal, lo que ha dado motivo, como bien señala Etcheberry, a una diversidad de opiniones sobre cuál es la oportunidad adecuada: antes de descubrirse la sustracción (A. Bunster), antes de iniciarse el sumario administrativo, durante la substanciación de ese sumario, con anterioridad al comienzo de la investigación del fiscal del ministerio público, antes de la formalización del imputado, durante su procesamiento o en el plazo que fije el tribunal para ese efecto.<sup>742</sup> Sobre este punto, parece que está en lo cierto la antigua posición de la Corte Suprema en un fallo citado por Labatut, en el sentido de que el reintegro debe tener lugar con anterioridad al comienzo de la investigación judicial del delito.<sup>743</sup> Como resulta obvio, si la restitución se hace con posterioridad, esa actividad podría constituir la atenuante de responsabilidad establecida en el art. 11 N° 7, procurar con celo la reparación del mal causado, aunque sería difícil fundamentarla en el mero reintegro.

#### 26.2.6. Apropiación culposa

El art. 234 describe esta clase de malversación: “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

<sup>742</sup> Cfr. Etcheberry, opus cit., t. IV, p. 243.

<sup>743</sup> Cfr. Labatut, opus cit., t. II, p. 82.

en cualquiera de sus grados, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos sustraídos”.

El *tipo objetivo* consiste en que otro –un tercero– sustraiga los caudales o efectos, con ocasión del grave descuido del empleado público que los tiene a su cargo. Se está reprimiendo la falta de cuidado del funcionario –abandono o negligencia– en el desempeño de su labor; debe, en consecuencia, existir una relación de causalidad entre el descuido en cuestión y la sustracción del tercero, que puede ser un particular u otro empleado público que no tenga la calidad de custodio de esos valores. El precepto se refiere a un *abandono o negligencia inexcusable*, no se trata –por lo tanto– de un simple descuido del empleado, sino de una falta de diligencia *grave* de su parte en el cumplimiento de sus funciones. El tercero que lleva a cabo la sustracción debe actuar con dolo e, indudablemente, no responde por malversación, sino por el delito común en que incurre.

Como sucede con toda figura culposa, debe descartarse la posibilidad de tentativa y de frustración, sólo es posible el delito consumado.

La pena que corresponde al funcionario es suspensión en cualquiera de sus grados, además del reintegro de lo sustraído.

#### 26.2.7. Aplicación pública diferente de los caudales o efectos

Las dos figuras que se han comentado corresponden a comportamientos bien definidos; la primera (art. 233), a la apropiación por el funcionario público de fondos a su cargo sin que, con posterioridad, los haya restituido; la segunda (art. 235), a la apropiación de esos fondos por parte del empleado que los tiene a su cargo con reintegro posterior. En la hipótesis que se pasa a comentar (art. 235), sucede que el funcionario ocupa esos fondos dándoles un destino público distinto al determinado por la administración, en este caso no se apodera de ellos en beneficio propio o de un tercero, sino que les da una aplicación pública para lo cual no está facultado. El art. 236 expresa: “El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado (...)”.





Esta forma de malversación requiere de la conurrencia de varias condiciones para presentarse. Aparte de las generales, es decir, que el sujeto sea un empleado público y que tenga caudales a su cargo, se exige además que tenga facultad para administrarlos, para darles destinos predeterminados, a los cuales le corresponde atenerse. El precepto dice "que administrare", lo que debe entenderse emplearlos conforme lo dispone la ley de presupuestos, las leyes especiales, los reglamentos o decretos dictados con tal motivo.<sup>744</sup>

El comportamiento prohibido por el art. 236 consiste en invertir esos caudales en algo distinto a aquello a lo que legalmente debían aplicarse, pero ese destino también debe ser de naturaleza pública (los fondos destinados a reparar una plaza el alcalde los ocupa en reparar el techo de una escuela municipal).

No basta, en todo caso, hacer una inversión de los bienes en un destino diverso al predeterminado, sino que esa aplicación debe ser "arbitraria", como dice Labatut, ha de ser antojadiza, caprichosa, sin motivo que la justifique.<sup>745</sup> La administración pública puede enfrentar situaciones extraordinarias o imprevisibles, donde las prioridades pueden verse superadas, las que obliguen al funcionario a no respetar lo planificado por la administración, en esa alternativa expresamente el legislador prefirió liberar de sanción penal una aplicación pública distinta.<sup>746</sup>

<sup>744</sup> Se piensa por sectores de la doctrina que este precepto podría calificarse como una ley penal en blanco, o parcialmente en blanco, porque debe complementarse con otros textos la noción de lo que se entiende por "administrar bienes" para estos efectos, pero mayoritariamente no se comparte tal criterio (Bunster, *La malversación*, p. 120; Etcheberry, t. IV, p. 245). Como todo tipo penal, corresponde interpretarlo en relación con el caso concreto, pero esto es inherente al proceso de subsunción, por ello no se puede compartir la posición antes indicada; en el caso en estudio la conducta prohibida aparece claramente precisada.

<sup>745</sup> Labatut, opus cit., t. II, p. 82.

<sup>746</sup> Autores como Etcheberry (opus cit., t. III, p. 245) y Bullemore-Mackinnon (opus cit., t. IV, p. 169) sostienen que se trata de una expresión innecesaria. Las expresiones usadas por el legislador normalmente tienen sentido, en especial en la situación en estudio. Es evidente que no sería aconsejable una sanción penal cuando los fondos se destinan, ante situaciones excepcionales o extraordinarias (una inundación, una epidemia), a una finalidad pública distinta; en esta hipótesis, cuando más procedería una sanción administrativa, pero no una penal.

Para que este tipo penal se consume debe materialmente invertirse en un fin público distinto al legal, el art. 236 requiere que se dé una aplicación diversa, lo que significa que efectivamente se haya hecho la inversión, la simple orden es insuficiente.<sup>747</sup>

*Penalidad del delito.* La sanción que corresponde a esta malversación depende según haya habido daño o entorpecimiento, para el servicio u objeto en que debían emplearse los bienes administrados, a causa de la acción realizada. Si hubo daño o entorpecimiento, corresponde imponer la pena de suspensión del empleo en su grado medio; en caso contrario, suspensión en su grado mínimo.

#### 26.2.8. Funcionario que se niega a pagar o a entregar una cosa

Entre las malversaciones se considera la negativa de un funcionario a cumplir con un pago sin motivo suficiente o a entregar una cosa cuando lo dispone la autoridad respectiva. El art. 237 expresa: "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.

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".

Estas figuras se explican por sí solas, el empleado que teniendo recursos para hacer un pago, y se rehúsa a cumplirlo sin motivos que justifiquen su posición, tiene una conducta arbitraria. Otro tanto sucede cuando teniendo un bien bajo su administración o custodia y siendo requerido para su entrega por la autoridad o particular con facultad para reclamar esa entrega o pago, el funcionario se niega a cumplirlo. La ley no exige que la conducta renuente del empleado cause perjuicio o daño a la administración, ni que deba existir un ánimo especial, como el de apropiación. Es suficiente la situación objetiva y la posición subjetiva de saber que se debe hacer el pago o la entrega y que se está en posibilidad de hacerlos. Se trata de delitos de *omisión*, de consiguiente no es

<sup>747</sup> Cfr. Etcheberry, opus cit., t. IV, p. 244.



necesaria –en el plano subjetivo– una voluntad determinada, son suficientes los conocimientos antes indicados.

La posibilidad de tentativa y frustración de estos delitos queda descartada, como sucede con todo delito de omisión.

#### 26.2.9. *Agravante especial y general para todas las figuras de malversación*

En el inciso segundo del art. 238 se establece una circunstancia de agravación que afecta a todas las hipótesis de malversación que se han comentado. Conforme esa disposición, si el valor de lo malversado excede de cuatrocientas unidades tributarias mensuales y la pena consta de un solo grado, deberá aplicarse en su máximo en conformidad a lo establecido en el art. 67 inciso tercero; si consta de dos o más grados, se impondrá en el grado más alto.

## 27. DELITOS DE FRAUDE Y EXACCIONES ILEGALES

### 27.1. CONCEPTOS GENERALES

En el párrafo sexto del Título V, que describe los delitos cometidos por empleados públicos, se sancionan varias conductas que se denominan genéricamente como fraudes, pero que se refieren a otras clases de comportamientos prohibidos: a) el funcionario que en el desempeño de su cargo defrauda o consiente que se defraude al Estado (art. 239); b) que se interese en negocios en que deba intervenir en razón de su cargo (art. 240), y c) el que interesándose en un negocio en que otro funcionario público debe intervenir, ejerciere influencia sobre este (art. 240 bis), que general y respectivamente se denominan: fraude al Fisco, negociaciones incompatibles y tráfico de influencias. Además, en el art. 241 se castiga al empleado público que exigiere mayores derechos de los que corresponden o beneficios económicos. Estas figuras tienden a proteger la probidad en la administración del Estado, que aquellos encargados de la gestión del Estado tengan el comportamiento adecuado al ejercicio de sus respectivos cargos; en síntesis, lo que se aspira es marginar o evitar la corrupción.

### 27.2. FRAUDE AL FISCO

El art. 239 regla este delito: “El empleado público que en las operaciones en que interviene por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las Municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena (...)”. Se puede incurrir en esta figura mediante dos clases de comportamientos, que siempre deben tener por agente a un empleado público en el ejercicio de sus funciones: *defraudar* o *consentir* que un tercero defraude al Estado. La noción de fraude está unida a la de causar un perjuicio de carácter pecuniario en los intereses del Estado, lo que puede suceder –como señala la disposición– empleando *engaño* o consintiendo en que se defraude, lo que involucra que el empleado *abuse de la confianza* depositada en él, y no cumpla con sus funciones.

El *sujeto activo*, como se ha visto en los demás delitos funcionarios, debe ser un empleado público, pero a diferencia de la malversación, no debe estar a cargo o ser custodio de los bienes defraudados, porque en esta última alternativa respondería por el delito de malversación (arts. 233, 235 y 236). El *sujeto pasivo*, según lo señala la propia disposición, es el Estado, las municipalidades, los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia.

a) El *tipo objetivo* supone que exista una negociación entre el Estado y un tercero –normalmente un particular– que consista en una operación de naturaleza económica en la cual debe intervenir el funcionario en su carácter de tal y, como se señaló anteriormente, durante la misma puede, mediante una *maquinación engañosa* o el *incumplimiento de sus funciones* provocar un perjuicio al Fisco, también de índole pecuniaria.

Cuando se trata de una maquinación, esta debe ir dirigida a engañar a la administración, o sea, a otros funcionarios que pueden jerárquicamente ser los superiores o inferiores al sujeto activo, o de su mismo nivel. El engaño que gesta el funcionario que interviene en la operación en razón de su cargo debe causar un perjuicio al Estado, pero no debe estar dirigido a ocultar una malversación o una negligencia funcionaria<sup>748</sup> (arts. 233 y 234).

<sup>748</sup> Etcheberry, opus cit., t. IV, p. 247.





No es necesario que el empleado obtenga lucro o beneficios personales con su actuar y, de haberlos, bien pueden ser en provecho de tercero. La otra modalidad del comportamiento típico del funcionario es *consentir* en que un tercero defraude al Fisco, y esto se puede concretar con el incumplimiento de las obligaciones que son propias de su cargo público, sin perjuicio que ese tercero debe ser el autor del engaño. Es necesario el engaño o el abuso de confianza, porque el precepto exige defraudación –sin perjuicio de que pueda o no estar concertado con el funcionario.<sup>749</sup> Si bien el empleado responde por este delito, el tercero debería responder por el mismo cuando existe concierto previo, porque está cometiendo un fraude al Fisco; no obstante, según la tendencia mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia, responde por estafa o por apropiación indebida.<sup>750</sup>

La acción debe concretarse en un *perjuicio*, como lo señala el art. 239, “originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo”. Puede consistir en un real detrimento del patrimonio actual del Estado, de la municipalidad o del ente público, como también en la imposibilidad de obtener la utilidad o beneficio que les correspondería percibir.

b) El *tipo subjetivo* requiere de dolo directo, lo que se desprende de los términos empleados por el art. 239, “defraudare o consintiere que se defraude”, expresiones que suponen una voluntad dirigida a causar un perjuicio mediante un ardid, quedan descartados la culpa y el dolo eventual.

c) El *delito se consuma* cuando el perjuicio se concreta, lo que se colige de las expresiones recién transcritas, es un tipo penal de *resultado o material*, donde la tentativa y la frustración son procedentes.

d) La *pena que corresponde* a esta figura penal es presidio menor en sus grados medio a máximo más una multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado.

La sanción privativa de libertad *puede* ser agravada, dependiendo del monto de lo defraudado, si excede de cuarenta unidades tributarias mensuales, el juez *queda facultado* para aumentar la pena de presidio antes señalada en un grado. Si excede de cua-

<sup>749</sup> Cfr. Bullemore, Mackinnon, opus cit., t. IV, p. 169. Etcheberry acepta la mentira, t. IV, p. 247.

<sup>750</sup> En el referido sentido, Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones*, t. II, p. 499.

trocientas unidades tributarias mensuales, el juez *debe* aplicar la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

En todo caso –dice el inciso cuarto del art. 239–, “se aplicarán las penas de multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado e inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo”. Estas sanciones han de ser impuestas necesariamente como accesorias, en relación con las penas a imponer según las diversas cuantías antes anotadas.

### 27.3. NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES

Con el objetivo de asegurar la probidad de los que ejercen la administración pública, se establece una figura tendiente a sancionar a aquellos funcionarios que toman interés en las operaciones donde les corresponde actuar en el ejercicio de sus funciones. El legislador hace distinción entre las hipótesis en que es el funcionario mismo el que toma ese interés, de aquella en que les da interés a terceros con los cuales está vinculado por relaciones de familia o de índole contractual.

#### 27.3.1. *El funcionario público que toma interés para sí mismo*

El tipo penal está descrito en el art. 240, que en su inciso primero expresa: “El empleado público que directa o indirectamente *se interese* en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado (...)”, en los incisos siguientes se extiende la noción a *dar interés* a familiares o terceros en los referidos negocios o contratos. La conducta prohibida al funcionario público consiste un tomar interés el mismo o dar interés a terceros con él vinculados, en los negocios que en razón de su cargo le corresponde intervenir. No se trata de sancionar al funcionario por el precario esfuerzo o dedicación de servicio público que manifieste en las operaciones en que participe, la expresión *tomar interés* o *dar interés* tiene el alcance señalado por la doctrina<sup>751</sup> y en el uso

<sup>751</sup> Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones*, t. II, p. 499; Bullemore, Mackinnon, opus cit., t. IV, p. 171.



cotidiano de adquirir participación en un negocio o comercio que le puede reportar una utilidad, beneficio o que terceros obtengan esa participación. Lo repudiable en este comportamiento es el interés de naturaleza pecuniaria o económica que adquiere el empleado para sí o para otros, al margen o paralelamente al del inherente a la actividad pública. Si bien el legislador no precisó expresamente que el interés debe ser de orden económico, esta exigencia se desprende de la naturaleza de la prohibición, pues su objetivo es la probidad de la actividad pública. También se infiere de la naturaleza de una de las penas que se asignan al delito, una multa cuyo monto está determinado por un porcentaje del “interés que hubiere tomado en el negocio” (art. 240 inc. 1°). El tipo no requiere que el interés se concrete, se materialice, es suficiente tenerlo.

El interés del funcionario no sólo puede ser *directo*, o sea, explícitamente adquirido, sino que puede ser —como señala el texto— *indirectamente*, lo que significa actuar embozadamente, de modo encubierto.

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

El delito requiere de *dolo directo*, el funcionario debe saber y querer participar directa u oblicuamente en el contrato u operación de que se trate; además, es un tipo penal de mera actividad y de peligro, no es necesario que se cause un perjuicio al Estado ni que el empleado obtenga realmente un beneficio, es suficiente que tome interés económico en la operación. Quedan descartadas la tentativa y la frustración.

*Extensión de la responsabilidad penal a sujetos no funcionarios públicos.* El inciso segundo del art. 240 hace responsables de este delito a personas que no necesariamente son empleados públicos, como peritos, árbitros y liquidadores comerciales, respecto “de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren”; a su vez extiende la responsabilidad a los “guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarías”.

### 27.3.2. *Funcionario público que da interés a terceros familiares o asociados*

#### a) *Dar interés a los familiares*

El inciso tercero del art. 240 señala que se castigará con las mismas penas que se indican en su inciso primero, tanto al funcionario como a los peritos, árbitros y demás sujetos señalados en el párrafo que antecede “si en el negocio u operación confiados a su cargo dieren interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción”.

#### b) *Dar interés a terceros asociados*

Velando al máximo por la probidad del comportamiento del empleado público, se le sanciona por este delito si en alguna forma durante el ejercicio de las funciones que le son propias confiere interés a favor de terceros, cuando éstos están vinculados con él o sus parientes contractualmente, como se expresa en el inciso cuarto del art. 240. Este precepto castiga con las penas señaladas en el inciso primero al funcionario cuando “en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él o con las personas indicadas en el inciso precedente (los parientes señalados en el párrafo signado con la letra a) o a sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquier forma”.

### 27.3.3. *Sanción que corresponde al delito de negociaciones incompatibles*

La pena, en las diversas modalidades de los delitos en estudio, está señalada en el inciso primero del art. 240: reclusión menor en su grado medio, e inhabilitación absoluta temporal para car-



gos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

#### 27.4. DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIA

El art. 240 bis, inciso primero, describe este delito: “Las penas establecidas en el artículo precedente serán también aplicadas al empleado público que, interesándose directa o indirectamente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en éste para obtener una decisión favorable a sus intereses”. Esta figura es diferente a la analizada con anterioridad como negociación incompatible; en esta última el funcionario se interesa él mismo o hace tomar interés a parientes o asociados, en una operación en la que él debe intervenir en razón de su cargo, en tanto que en la situación en estudio reglada en el art. 240 bis, si bien también un empleado público toma interés en un negocio u operación, estos están a cargo de *otro funcionario* –y no así del primero–, sobre el cual pasa a ejercer influencia para lograr una resolución que lo beneficia. No se sanciona el hecho de que tome interés en el negocio u operación, sino por ejercer influencia en otro empleado público en su beneficio. El interés del agente puede ser directo o indirecto, tal como se indicó al comentar el delito de negociaciones incompatibles, y debe ser de carácter económico, por las razones que en esa oportunidad se señalaron.

Como se adelantó, además de la situación de que el empleado público inflencie a otro en un negocio en que él ha tomado interés, se reprime ese mismo comportamiento cuando da interés en la operación a alguno de sus familiares o a un asociado, pues el inciso segundo del art. 240 bis prescribe: “Las mismas penas se impondrán al empleado público que, para dar interés a cualquiera de las personas expresadas en los incisos tercero y final del artículo precedente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en él para obtener una decisión favorable a esos intereses”.

27.4.1. El *tipo subjetivo* exige dolo directo, no procede el dolo eventual ni la culpa, además debe concurrir un elemento subjetivo de carácter trascendente, el ánimo o pretensión de lograr una resolución favorable, pero no es necesario que se obtenga. El responsable de este delito es el empleado público que tomando o dando interés ejerce influencia, no así el funcionario al que se pretende influenciar. Este último podrá responder por otro delito según las circunstancias –como el cohecho–, pero no por tráfico de influencia.

Como se trata de un tipo penal de mera actividad y de peligro, se consuma por el solo hecho de *ejercer* la influencia.

27.4.2. La *pena* que corresponde a este delito es la misma que se señala para el de negaciones incompatibles y que se ha indicado en el párrafo 27.3.3, pero con la modalidad señalada en el inciso final del art. 240 bis, que faculta al juez para aplicar al funcionario la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, sin perjuicio de la reclusión y de la multa señaladas en el art. 240.

#### 27.5. COBRO DE MAYORES DERECHOS O EXIGENCIA DE BENEFICIOS ILEGALES

El precepto que sancionaba esta figura –conocida como concusión– ha sido objeto de modificaciones relativamente próximas que, como se explicará más adelante, plantean situaciones de posible concurso de leyes. El tenor actual del art. 241, que describe este delito, es el siguiente: “El empleado público que directa o indirectamente exigiere mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado (...)”. Aquí se prohíben dos clases de comportamientos en los que puede incurrir un funcionario: a) estando facultado para cobrar derechos por la realización de un acto propio de su cargo, *exige* una cantidad superior a la que corresponde. No se trataría sólo de pedir, sino de “exigir”, lo que podría suponer que se niegue a cumplir su obligación en tanto no se acoja su requerimiento de que se le pague un



derecho superior al permitido;<sup>752</sup> b) *Exigir* para sí o para un tercero un beneficio económico para hacer un acto que, por su función, debe realizar y por el cual no le corresponde reclamar un pago. En ambas alternativas puede actuar directamente –o sea personalmente– o indirectamente, como sería a través de un tercero.

El tipo penal se consume con la exigencia del beneficio, no es necesario que se cumpla con el mismo. En consecuencia, es un delito de *mera actividad* donde no proceden la tentativa ni la frustración. El tipo subjetivo exige dolo directo.

La *pena* que corresponde al funcionario es inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en cualquiera de sus grados y multa del duplo al cuádruplo de los derechos o beneficios obtenidos.

Este delito sanciona conductas análogas a las descritas como cohecho por el art. 248, con la diferencia que en este último los verbos rectores son “solicitar” o “aceptar” beneficios económicos, pero se entiende que la conducta de “exigir” comprende aquellas que se expresan con los verbos rectores antes señalados y como, además, la sanción impuesta por el art. 241 en estudio es de más gravedad que la señalada en el art. 248, el delito de concusión en estudio constituiría un caso de cohecho agravado.<sup>753</sup>

El delito de concusión o exacción ilegal podría vincularse con el delito sancionado por el art. 157, que castiga al empleado público que sin respaldo legal autoriza la exacción de una contribución o servicio personal bajo cualquier pretexto; pero la diferencia entre este y aquel incide en la finalidad de la exacción, en la concusión es de índole privada, o sea, en beneficio particular, privado, del empleado o de un tercero; en tanto que en la conducta sancionada en el art. 157 esa exacción tiene una finalidad de carácter público. Si esa finalidad pública es un simple pretexto del funcionario para obtener un lucro, procede aplicar el art. 141.<sup>754</sup>

<sup>752</sup> Cfr. Etcheberry, opus cit., t. IV, p. 251.

<sup>753</sup> Cfr. Bullemore, Mackinnon (opus cit., t. IV, p. 173) y Politoff, Matus, Ramírez (*Lecciones*, t. II, p. 503).

<sup>754</sup> Cfr. Etcheberry, opus cit., t. IV, p. 251.

## 27.6. USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

En el art. 247 bis se describe este delito: “El empleado público que, haciendo uso de un secreto o información concreta reservada, de que tenga conocimiento en razón de su cargo, obtuviere un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado (...)”. En este tipo penal se sanciona *la obtención de un beneficio* pecuniario por un empleado público al hacer uso de una información reservada o de un secreto que ha conocido en razón de su cargo.

El *tipo objetivo* debe realizarlo un empleado público que debe cumplir con la condición de adquirir el conocimiento, con motivo de las funciones de su cargo, de algo que es un secreto –o sea, corresponde mantenerlo oculto– o que, por lo menos, constituye un asunto confidencial. El sujeto activo, por consiguiente, es un ente especialísimo porque debe reunir copulativamente las referidas exigencias. La conducta prohibida es hacer uso del indicado conocimiento obteniendo un beneficio económico. Se trata en consecuencia de un delito de *resultado*, que admite las fases de tentativa y frustración. Sectores de la doctrina han estimado que se trata de un delito de mera actividad,<sup>755</sup> pero es una interpretación que no resulta aceptable, porque el hecho de que un funcionario haga uso de información confidencial en el ejercicio de su cargo es claramente atípico, normalmente lo hacen en interés del servicio; además, el art. 247 bis requiere como elemento del tipo objetivo que el funcionario “obtuviere un beneficio económico”, lo que implica que debe lograrse para que el delito se consume.

El *tipo subjetivo* supone *dolo directo*, el empleado debe hacer uso de la información reservada con conocimiento de que es tal y para obtener un beneficio económico o para que lo reciban terceros, queda descartada la posibilidad de dolo eventual y de culpa.

La *pena* señalada por el legislador es reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa del tanto al triple de beneficio obtenido.

<sup>755</sup> Así piensan Politoff, Matus y Ramírez, que califican como condición objetiva de punibilidad la obtención del beneficio económico y, por ello, descartan la posibilidad de tentativa (*Lecciones*, t. II, p. 501).

## 27.7. EL DELITO DE COHECHO

27.7.1. *Introducción*

Esta figura va adquiriendo más trascendencia por el incremento de la economía a nivel local como global que, a su vez, hace más compleja la administración del Estado tanto a nivel nacional como internacional. La situación se agrava frente a los nuevos estándares de exigencias éticas requeridos para el ejercicio de la actividad pública. La aspiración de los ordenamientos jurídicos es evitar el soborno, marginar esta modalidad de corrupción que se contagia con relativa facilidad.

El cohecho en nuestro sistema está reglado en los arts. 248 a 251, entre los delitos cometidos por los empleados públicos en el desempeño de sus funciones. En general, se debe entender por cohecho la pretensión de un funcionario de obtener un beneficio de orden económico que no le corresponde, por hacer o no hacer lo que tiene el deber de realizar con motivo de su cargo.

El legislador para sancionar esta clase de comportamientos hace varias distinciones.

En todas las modalidades que se describen se hace diferencia entre el funcionario que solicita el beneficio ilegítimo y aquel que se limita a aceptarlo (cohecho, arts. 248 y 249); entre el sujeto que ofrece o entrega el beneficio indebido (soborno, art. 250), y el funcionario que lo acepta; entre el funcionario público nacional y el funcionario público extranjero (arts. 251 bis y 251 ter). Finalmente, considera de modo especial el soborno que media en causa criminal en favor del procesado (art. 250 bis).

27.7.2. *Cohecho pasivo*

Se denomina tal al comportamiento del empleado público, sea que solicite o acepte el beneficio ilegítimo, en contraposición al *cohecho activo*, que corresponde a la conducta de la persona que ofrece el pago indebido o acepta cancelarlo cuando se lo solicita el funcionario.

En el cohecho *pasivo* tradicionalmente se hace diferencia entre el *cohecho pasivo propio* (arts. 248 y 248 bis), vinculado con

cualquier conducta inherente al cargo del empleado público, y *pasivo impropio*, referido al cohecho en que se pretende que el funcionario ejecute un delito (art. 249). En el cohecho *pasivo propio* se distingue, a su vez, el *simple* (art. 248) del *agravado* (art. 248 bis).

a) *Cohecho pasivo propio simple*

Este tipo penal está descrito en el art. 248, en los siguientes términos: “El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será (...)”. Se prohíbe y castiga tanto el hecho de solicitar o recibir mayores derechos que los permitidos como el cobrar por actuaciones que como funcionario le corresponde cumplir y cuya realización no está sujeta a un pago. Se trata de un delito especial—requiere de un sujeto calificado— y de mera actividad, se consuma por el solo hecho de exigir o recibir el beneficio económico, de modo que no requiere un resultado o perjuicio, no es posible entonces la tentativa ni la frustración. El tercero particular que acepta dar el beneficio reclamado por el funcionario no responde por este delito, sino por el descrito en el art. 250, como se comentará más adelante. Dada la naturaleza del cohecho, sólo puede concretarse con dolo directo.

La *sanción* que debe imponerse al funcionario es reclusión menor en su grado mínimo, suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o beneficios solicitados o aceptados.

Como bien señala Matus, la situación reglada en el tipo recién comentado no tiene casi diferencia con el delito sancionado en el art. 241,<sup>756</sup> salvo el verbo rector, pues la figura que se ha estado comentando se refiere a “solicitar” o “aceptare”, en tanto que la del art. 241 a “exigir”, que supondría algo mayor a simplemente pedir, de manera que se trataría de delitos prácticamente casi iguales; frente al posible concurso operaría, de ser necesario, el

<sup>756</sup> Cfr. Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones*, t. II, p. 503.



principio de la alternativa, en consecuencia, preferiría el tipo que tiene la sanción más grave.

b) *Cohecho pasivo propio agravado*

El art. 248 bis se ocupa de esta clase de cohecho: "El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado (...)". La diferencia que existe con el cohecho simple incide en que en esta oportunidad el funcionario se abstiene de realizar actuaciones que está obligado a llevar porque se le paga por ello, o porque espera un pago, o por realizar o haber realizado un acto con infracción de sus deberes. En el caso anterior -art. 248-, el empleado público realiza actos que son propios de su cargo, que debe cumplir, pero lo hace exigiendo mayores derechos que los pertinentes o cobrándolos cuando no están sujetos a tarifa.

El delito en estudio no es de omisión, sino de acción, en atención a que no se castiga al empleado porque no hizo lo que estaba obligado a hacer, sino por pedir o aceptar un beneficio por ello.

Esta modalidad de cohecho tiene las mismas características antes señaladas, requiere de *dolo directo*, es de *mera actividad* y de peligro, no admite tentativa ni frustración y el tercero que da el beneficio no responde de esta figura, podría si responder conforme al art. 250.

La *pena* que establece la ley es reclusión menor en su grado medio y, además, inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.

La sanción se agrava si la infracción al deber del funcionario consiste en ejercer influencia en otro empleado público para que opte por una decisión que pueda generar un provecho para un tercero, pues deberá imponérsele la inhabilitación especial o absoluta perpetua, para cargo u oficio público, además de las penas de reclusión y multa recién indicadas. El ilícito agravado en estudio es semejante al sancionado en el art. 240 bis inciso segundo, pero se diferencia de ese porque es más general. En efecto, el art. 240 bis tiene un carácter más especial, la influencia

en esta hipótesis debe ser prestada en favor de los parientes o asociados del funcionario, lo que no sucede en el art. 248.

c) *El cohecho pasivo impropio*

El art. 249 se refiere a este delito: "El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado (...)".

Se trata de un delito de cohecho más entre los antes comentados, pero que tiene por objetivo que el funcionario que reclama o recibe el beneficio incurra en la ejecución de delitos específicos, y el beneficio necesariamente debe ser de naturaleza económica. El delito a cometer ha de ser alguno de los sancionados como agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución (Título III, párrafo 4, arts. 148 a 161) y todos los comprendidos en el Título V, arts. 220 a 260, que corresponden a los crímenes y simples delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos. La conducta consiste en pedir o aceptar un beneficio económico a cambio de la realización de alguno de los ilícitos recién señalados. Es una figura *de mera actividad*, que se consume con la simple solicitud o con la aceptación del provecho, no se exige que realmente se reciba o que el delito se haya cometido por el funcionario.<sup>757</sup> El beneficio puede ser para el mismo empleado o para un tercero, pero siempre será de naturaleza pecuniaria.

El *tipo subjetivo* exige dolo directo, aparejado del elemento subjetivo trascendente "para cometer alguno de los crímenes o simples delitos (...)".<sup>758</sup>

<sup>757</sup> Algunos han sostenido que se trataría de una modalidad del delito de "proposición" (Bullemore, Mackinnon, opus cit., t. IV, p. 175), no obstante que conforme el art. 8° esta figura consiste en proponer a otro la ejecución de un delito, en tanto que en el art. 249 lo que se hace es solicitar o aceptar un beneficio por cometer un delito.

<sup>758</sup> Los autores citados en la nota que precede sostienen que este tipo penal sólo es punible si el delito reclamado por el cohechador se realiza, o sea, sería un delito de resultado, criterio que no se compadece con la estructura del tipo descrito en el art. 250.



El cohecho impropio es una forma especial del cohecho propio agravado (art. 248 bis), de modo que debería aplicarse con preferencia a este último. Si bien podría considerarse anómalo que tenga una pena menos rigurosa, como se indicará a continuación, esta situación se explica porque debe imponerse al empleado público sin perjuicio de la que le corresponde por la realización del delito para cuya ejecución ha sido cohechado.

La *sanción* del cohecho pasivo impropio es inhabilitación especial perpetua e inhabilitación absoluta temporal, o bien inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triplo del provecho solicitado o aceptado. En el inciso tercero del art. 249 se agrega que la pena antes indicada es sin perjuicio de la sanción que corresponde al delito cometido por el funcionario, que no debe ser inferior, en todo caso, a reclusión menor en su grado medio.

### 27.7.3. *El soborno* (cohecho activo, art. 250)

En relación con el cohecho hasta el instante se ha hecho referencia exclusiva a aquel delito en que incurre el empleado público que reclama o consiente en recibir un beneficio, pero no se ha aludido al tercero, al particular que ofrece o acepta darlo. La conducta de este último sujeto se denomina *soborno* y constituye un delito especialmente sancionado en forma distinta al delito de cohecho. El delito de soborno está descrito y sancionado en el art. 250, que en su inciso primero expresa: “El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de este o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los arts. 248, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, será castigado (...)”.

Se prohíbe al particular ofrecer o aceptar dar a un empleado público un beneficio para que este haga o no haga una actuación que le corresponde o que no debe ejecutar en razón de su cargo. Se trata de un delito común, a diferencia de los delitos de cohecho antes comentados, puede ser realizado por cualquiera persona; además, es una figura penal de *mera actividad*, que se consume con el ofrecimiento o el consentimiento del particular, la norma no exige que se entregue el beneficio económico

ni que se lleve a efecto la conducta esperada del funcionario. Quedan descartadas, por lo tanto, las posibilidades de tentativa o frustración. El empleado, como es obvio, si acepta o solicita el beneficio, no responde por el tipo penal en estudio, sino por los descritos en los arts. 248, 248 bis y 249, según las modalidades de su comportamiento.

Las *penas* establecidas para el sobornante están indicadas en el inciso primero del art. 250 recién transcrito, y corresponden a la multa e inhabilitación señaladas en las tres disposiciones citadas precedentemente. Pero si se trata de aquellas acciones u omisiones del empleado indicadas en el art. 248, el sobornante será castigado no sólo con la pena de reclusión en su grado mínimo, sino además con las antes indicadas. Lo mismo sucede tratándose de las acciones u omisiones descritas en el art. 248 bis; al sobornante ha de imponérsele, además, la pena de reclusión menor en su grado medio, para el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo en la hipótesis del beneficio consentido. Si las conductas son las descritas en el art. 249, al sobornante se le debe sumar la pena de reclusión menor en su grado medio, siempre que el beneficio haya sido ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, si el beneficio fue consentido. “En estos casos, si al sobornante le correspondiere una pena superior por el crimen o simple delito de que se trate, se estará a esta última” (inc. final del art. 250).

### 27.7.4. *Soborno en causa criminal* (art. 250 bis)

Este soborno tiene por objeto que el empleado público, en una causa criminal y a favor del procesado, lleve a cabo alguna de las conductas señaladas en el art. 248 (que realice acciones propias de su cargo) o en el art. 248 bis (para que se abstenga de realizar actuaciones inherentes a su empleo). El sobornante en este caso debe ser un sujeto especial, necesariamente ha de tener la calidad de cónyuge del procesado, o ascendiente o descendiente consanguíneo o afín, colateral consanguíneo hasta el segundo grado inclusive, o ligado a él por adopción. Es un delito *especial* —requiere de un sujeto calificado— y de *mera actividad*. La calidad de familiar del procesado ha inclinado al

legislador a reaccionar con benignidad frente a la comisión de este ilícito.

Este delito se presenta como una figura *privilegiada*, toda vez que el sobornante es sancionado con pena pecuniaria, una simple multa de la cuantía que se indica en los arts. 248 y 248 bis, según la situación.

#### 27.7.5. Reglas comunes (art. 251)

Se han establecido ciertas reglas especiales para los delitos cometidos por empleados públicos y que están descritos en el párrafo 9. El artículo 251 establece el comiso de todos los bienes recibidos por el funcionario con motivo del delito. Además, prescribe que para la aplicación de las penas de suspensión o inhabilitación dispuestas como accesorias a penas privativas de libertad, en el caso del art. 249 e inciso segundo del art. 250, se deberá estar a las siguientes reglas: a) si las penas accesorias fueren más graves que las establecidas en el art. 249, se impondrán las primeras en su grado máximo, y b) Si las penas establecidas en el art. 249 son más graves que las accesorias, "serán impuestas aquellas en toda la extensión que no sea inferior al grado máximo de las accesorias".

#### 27.7.6. Soborno a funcionarios públicos extranjeros (arts. 251 bis y 251 ter)

Las dos disposiciones citadas se ubican en el párrafo "9 bis" titulado "*Cohecho a funcionarios públicos extranjeros*".

En el artículo 251 bis se sanciona: a) al *tercero* que cohecha a un funcionario extranjero, para que haga u omita una determinada actividad, como a aquel que le da, ofrece o promete un beneficio porque el funcionario ya incurrió en la omisión o realizó la acción indebida; b) al *tercero* que consiente en dar el beneficio que solicita el funcionario.

El inciso primero del precepto citado expresa: "El que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de

éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales, será sancionado (...)". El comportamiento debe cumplir con dos condiciones objetivas: a) consistir en el ofrecimiento, promesa, o entrega de un beneficio, el que —a diferencia del soborno a un empleado público nacional— puede ser económico como tener otro carácter; b) el soborno debe ir dirigido a un *funcionario público extranjero*; tienen tal calidad aquellas personas que se enumeran en el artículo 251 ter, como se expondrá más adelante, y c) ese soborno debe realizarse en el espacio de una transacción internacional, o sea, en que interviene más de un país u organismo internacional. Se trata de un delito de mera actividad, se perfecciona por el simple ofrecimiento o promesa, no se exige que el beneficio se cumpla, que el funcionario extranjero lo acepte o que consienta en hacer u omitir lo solicitado por el sobornante. Estas características hacen improbables etapas de tentativa o frustración. El beneficio ofrecido puede ser tanto para el propio funcionario público extranjero como para un tercero.

El *tipo subjetivo* exige dolo directo de parte del agente, pues debe saber y querer ofrecer, prometer o dar el premio, para que el funcionario público extranjero realice una acción o se abstenga de ejecutarla. Pero ese dolo ha de ir acompañado de *un elemento subjetivo trascendente*: la posibilidad o esperanza de un posible negocio o ventaja para el sobornante o para un tercero, que de otra manera no le correspondería, se trataría de la posibilidad de un provecho *indebido*.

Este mismo precepto sanciona a quien promete, ofrece o da un beneficio —sea o no económico— al funcionario público extranjero por haber realizado la acción o incurrido en la omisión a que se ha hecho referencia.

A *quién se califica como funcionario público extranjero*. El artículo 251 ter precisa quién tiene la condición de 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



invierte la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

La *pena establecida* para los responsables de este delito es reclusión menor en su grado medio a máximo y, además, la multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. Si el beneficio, en todo caso, fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales.

Debe repararse que cuando es el *particular* el que *consiente en dar* el beneficio allí referido al funcionario público extranjero en las situaciones antes comentadas, incurre en cohecho y debe ser sancionado con reclusión menor en su grado mínimo a medio, además de las penas de multa e inhabilitación ya señaladas.

## 28. DELITOS QUE AFECTAN A LA CONFIANZA PÚBLICA QUE SE TIENE EN LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

### 28.1. NOCIONES GENERALES

Entre los delitos cometidos por los empleados públicos existe un grupo que dice especial relación con aquella confianza que la sociedad deposita en ellos, y que afecta también a la administración del Estado. Esta responsabilidad penal se extiende a veces en situaciones muy específicas a los particulares.<sup>759</sup> Entre estos delitos se pueden mencionar aquellos que se describen en el Título VII, párrafo 7, “Infidelidad en la custodia de documentos”, y párrafo 8, “Violación de secretos”.

### 28.2. INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS

En los arts. 242, 243 y 244 se sancionan tres clases de comportamientos de los empleados públicos que tienen a su cargo la custodia de documento o papeles: a) su sustracción o destrucción; b) quebrantamiento de sus sellos, y c) su apertura indebida.

<sup>759</sup> Cfr. Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones*, t. II, p. 509.

Además, en el art. 245 se extienden esas responsabilidades al particular que accidentalmente queda encargado del despacho o la custodia de los documentos o papeles.

#### a) *Sustracción o destrucción de documentos o papeles*

El enunciado del art. 242 expresa: “El eclesiástico o empleado público que sustraiga o destruya documentos o papeles que le estuvieren confiados por razón de su cargo, será castigado (...)”. Se trata de un delito *especial* que requiere de un sujeto calificado, ser *empleado público* o *eclesiástico* que tuviere, además, esos documentos o papeles en función de su empleo, lo que supone que tal labor le corresponde por mandato de una norma legal o de su superior jerárquico en ejercicio de sus atribuciones. El eclesiástico –aquel que ha recibido órdenes sagradas– puede corresponder a cualquier iglesia reconocida.

El *tipo objetivo* involucra dos órdenes de comportamientos, el primero de ellos es *sustraer*, noción más amplia que apropiarse de los documentos o papeles, porque es suficiente que se separen o saquen del ámbito de lo que en la función de que se trate se entiende por su custodia. Generalmente esos comportamientos pueden constituir una apropiación, pero no necesariamente. La otra forma que puede adoptar la conducta prohibida es la *destrucción* del documento, que significa la inutilización de su valor como tal para efectos jurídicos o su supresión material.

El *objeto material de la acción* son los *documentos*, y se entienden por tales todos aquellos que jurídicamente se califican de documentos, sin importar cuál es su soporte material. Entre ellos quedan comprendidos los electrónicos y aun los simples *papeles*. Se entiende por papel un soporte que consista en una hoja delgada hecha con pasta de materiales diversos y conforme a procedimientos especiales,<sup>760</sup> que consigne la expresión concreta de cualquier pensamiento, la constancia de algo, de un signo o dibujo.

Este delito es *formal*, se consuma por realizar la simple actividad de sustraer o destruir el documento o papel, no requiere de

<sup>760</sup> Esta noción es de mayor amplitud que la ofrecida por el art. 1704 del Código Civil, al referirse a “papeles domésticos”, que requieren escrituración o firma.

un resultado. Se pueden presentar situaciones de concursos con figuras como el art. 470 N° 5, o sea, defraudar a alguien destruyendo o sustrayendo un documento, pero esta hipótesis no necesita de un sujeto especial, pero sí requiere de perjuicio, lo que no es fundamental en el delito en estudio. Con el delito descrito en el art. 193 N° 8, o sea, con la ocultación de un documento oficial, sucede otro tanto, pero en esta descripción también se debe causar un perjuicio.

La sanción establecida para este delito depende de si “del hecho resulta *grave* daño de la causa pública o de un tercero”. Si lo ha causado –y debe ser de importancia– corresponde aplicar reclusión menor en su grado máximo y multa de veintiuna a veinticinco unidades tributarias mensuales. En caso contrario, reclusión menor en su grado mínimo a medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

#### b) *Quebrantamiento de sellos por empleado público*

El art. 243 sanciona al funcionario que actúa dolosamente, como al que lo hace negligentemente, con culpa.

El *actuar doloso* se describe en el inciso primero del precepto citado, que sanciona al empleado público que “teniendo a su cargo la custodia de papeles o efectos sellados por la autoridad, quebrantare los sellos o consintiere en su quebrantamiento”. En la expresión “efectos” se comprenden no sólo los documentos, sino cualquier otro objeto susceptible de ser sellado (una caja de seguridad). El sellado a que se hace referencia no es el que cualquier particular puede colocar en tales objetos, sino al realizado *por la autoridad* en ejercicio de su cargo (un receptor). Este comportamiento doloso admite dos alternativas: que el propio funcionario a cargo quebrante los sellos, o que consienta en que terceros lo hagan. El tercero que interviene no responde por el ilícito en estudio –según la doctrina mayoritariamente aceptada–, sino conforme al tipo penal sancionado en el art. 270.

La pena que corresponde al empleado público es reclusión menor en sus grados mínimo a medio, más multa de once a quince unidades tributarias mensuales.

El quebrantamiento de sellos *atribuible a negligencia* del funcionario público, o sea, la *modalidad culposa* de este delito, se

sanciona en el inciso segundo del art. 243: “El guardián que por su negligencia diere lugar al delito, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”. El guardián es el funcionario que está a cargo de la custodia.

#### c) *Apertura indebida de documentos o papeles*

El art. 244 castiga al “empleado público que abriere o consintiere que se abran, sin la autorización competente, papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada”. Esta conducta es semejante a la señalada en el párrafo precedente, se diferencia de ella por el hecho de que el objeto del delito se reduce exclusivamente a papeles o documentos cerrados –no así los efectos– y no deben estar sellados, la ausencia de esta circunstancia marca la diferencia. El tipo exige dolo, no se considera el actuar negligente, como sí lo hace el art. 243.

La sanción que corresponde al empleado público es reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

#### d) *Particular que accidentalmente está a cargo del despacho o custodia de documentos*

El art. 245 dispone que a los *particulares*, si incurren en los comportamientos descritos en los arts. 242, 243 y 244, debe aplicárseles las sanciones en ellos señaladas, cuando estén “encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos o papeles, por comisión del Gobierno o de los funcionarios a quienes hubieren sido confiados aquellos en razón de su oficio, y que dieren el encargo ejerciendo sus atribuciones”.

### 28.3. VIOLACIÓN DE SECRETOS

Entre los delitos de los empleados públicos descritos en el Título V, en su párrafo 8° (arts. 246, 247 y 247 bis) se sancionan tres figuras vinculadas con la revelación de secretos, que tienen como objetivo amparar la privacidad o intimidad de las personas o de actuaciones de los órganos del Estado. En el art. 247 se pretende

sancionar la violación de reserva de situaciones atinentes a los particulares, que si bien no se refieren al honor de esas personas, dicen relación con su intimidad (una enfermedad, la situación de un hijo, etc.). Se protege a su vez en el art. 246 el secreto de situaciones, actuaciones o hechos de un determinado organismo público que se requiere mantener en reserva atendida la naturaleza de los mismos. En el inciso final del art. 246 se prohíbe anticipar la divulgación de documentos o actuaciones que están destinados a ser publicados.

En el ordenamiento jurídico nacional los artículos recién citados no son los únicos que sancionan la violación del secreto, hay numerosas otras normas especiales que establecen sanciones para quien divulgue hechos reservados, tanto en el C.P. como en leyes particulares.<sup>761</sup>

Los tres tipos que se analizarán a continuación son figuras especiales, porque requieren de sujetos activos que deben cumplir condiciones específicas: la de ser *funcionarios públicos* (arts. 246 y 247 bis) o tener la calidad de *profesionales universitarios* (art. 247). Además, son delitos que se consuman por la simple violación del deber de reserva que el agente debe mantener, no exigen un resultado o efecto independiente a la infracción del deber de reserva, por ello se califican de *delitos formales*, por consiguiente la frustración queda descartada y la tentativa resulta excepcional; sin perjuicio que cuando producen ciertos efectos, pueda agravarse la responsabilidad del infractor. La calidad de formal de estos delitos sufre excepción tratándose de la divulgación de secretos de particulares (art. 247), porque esta hipótesis requiere que se cause perjuicio al afectado para consumarse.

El *bien jurídico* que se ampara es la *intimidad o privacidad* de la persona, al impedir la divulgación de información reservada; a su vez protege la *confianza* que la sociedad deposita en el em-

<sup>761</sup> Es suficiente citar —entre otros— los arts. 109 N<sup>os</sup> 6 y 7, que prohíben suministrar al enemigo planos de fortificaciones, arsenales, puertos o radas, o revelar secretos de una expedición o negociación; art. 231, que sanciona al abogado o procurador que descubriere los secretos de su cliente; el art. 337, que castiga al empleado telegráfico que divulga el contenido de un mensaje; el art. 101 N<sup>o</sup> 5 del Código Tributario, que sanciona la infracción de la obligación de guardar secreto sobre las declaraciones de los contribuyentes.

pleado público, que en ciertos casos tiene el deber de mantener en secreto hechos que llegan a su conocimiento en razón de su función, son, en consecuencia, delitos *pluriofensivos*.<sup>762</sup>

El concepto de *secreto* o *reservado* es una noción exclusiva para estos efectos, que en todo caso es útil de precisar. Las referidas voces han de ser entendidas en su sentido natural, a saber, restringir el conocimiento de ciertos hechos o situaciones a un número limitado de personas, quienes deben mantenerlos ocultos o bajo estricta discreción.

#### a) *Revelar secretos públicos*

El art. 246 expresa: “El empleado público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas (...)”. El enunciado comprende dos órdenes de comportamientos: a) la revelación de secreto, esto es, comunicarlo por cualquier medio apto a ese fin a otra u otras personas no autorizadas para imponerse del mismo, y b) la entrega indebida de papeles o de sus copias a terceros, o mostrárselos materialmente. En ambas alternativas el funcionario debe conocer el secreto y mantener los papeles en *razón de su cargo*.

#### b) *Anticipación de información*

El inciso final del art. 246 sanciona otro comportamiento del empleado público que le está prohibido. Si “indebidamente anticipare en cualquier forma el conocimiento de documentos, actos o papeles que tenga a su cargo y que deban ser publicados”. Se trata de documentos o papeles que no tienen el carácter de reservados, pero que, sin perjuicio de ello, deben ser publicados en un día o época determinados, pero el empleado no respeta esa circunstancia y adelanta dolosamente su divulgación. Se le castiga por esta conducta sin que ofrezca trascendencia el medio que emplee para hacerlo.

*Pena que corresponde a las figuras de revelar secretos y de anticipar la divulgación.* La *sanción* es distinta si la revelación o entrega ha

<sup>762</sup> Cfr. Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones*, t. II, p. 511.





causado "grave daño para la causa pública", o no lo ha provocado. En esta última hipótesis procede imponer reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales. En caso contrario, suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, o bien ambas conjuntamente.

### c) *Violación de secreto de particulares*

Se protege la intimidad de los particulares tanto de su posible violación por funcionarios públicos como por profesionales con título de establecimientos de educación superior reconocidos por el Estado (*secreto profesional*). El art. 247 considera ambas alternativas.

El inciso primero de ese precepto, haciendo referencia a los *funcionarios*, expresa: "El *empleado público* que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere *con perjuicio* de éste, incurrirá en las penas (...)". La acción sancionada consiste en que un empleado público revele (descubriere) secretos de un particular, el tipo se satisface con la simple comunicación a un tercero del "secreto", puede ser objeto de una difusión más amplia, pero ello no es necesario. El hecho o situación que debe mantenerse en secreto no requiere estar a cargo del funcionario, la norma señala que simplemente tome conocimiento del mismo en razón de su cargo. El tipo es *de resultado*, la revelación debe *causar perjuicio* al particular para consumarse como delito, y el dolo del agente debe extenderse al conocimiento del secreto y a la voluntad de violarlo, además se exige que sepa que causará perjuicio al particular.<sup>763</sup> Este delito se *castiga con la pena* de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

El legislador, en el art. 247 bis, establece una sanción especial para el empleado público que incurre en la conducta antes comentada, cuando "obtuviere un *beneficio económico* para sí o para un tercero". Señala que debe imponérsele la pena de reclusión

<sup>763</sup> Opinan en sentido distinto Politoff, Matus, Ramírez, para quienes el perjuicio es sólo una condición objetiva de punibilidad (*Lecciones*, t. II, pp. 513-514).

del art. 247, más una "multa del tanto al triplo del beneficio obtenido".

En el inciso segundo del art. 247 se refiere a la *violación del secreto profesional*, en los siguientes términos: "Las mismas penas se aplicarán a los que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado"; los profesionales a que se alude son aquellos que cuentan con un título otorgado por un establecimiento de educación superior que el Estado ha reconocido como tal, entre ellos, médicos, abogados, enfermeras universitarias, y semejantes. El secreto se refiere a aquellos que el particular le suministra al profesional en el referido carácter, y se extiende también a aquellos que este último detecta o establece en su relación con el cliente.

En todo caso, el secreto profesional tiene excepciones en nuestro sistema, pues como bien expresa Labatut, el secreto no es absoluto, sino *relativo*, en ciertos casos el profesional está obligado, por razones de interés público, a revelar un secreto, como lo disponen el art. 494 N° 9 del Código Penal y los arts. 20 y 40 del Código Sanitario, entre otras disposiciones legales. En estas situaciones, la infracción al deber de reserva queda amparada por la justificante del art. 10 N° 10, el cumplimiento del deber.<sup>764</sup> En otras oportunidades, el profesional no está obligado a mantener el secreto, como sucede con los periodistas respecto de la información y divulgación, debe recordarse además que tiene el derecho a la denominada "reserva de fuente" (art. 7° de la Ley N° 19.733).

El delito es *formal*, es suficiente la violación de la reserva para que se consume; no es necesario, como en el caso anterior, que se cause perjuicio. El abogado, ha de tenerse en cuenta, está sujeto a lo dispuesto por el art. 231 (prevaricación), de modo que "si descubriere sus secretos" (los de su cliente) con abuso malicioso de su función y lo perjudicare, por el principio de especialidad corresponde se le aplique la sanción señalada en el referido artículo.

<sup>764</sup> Cfr. Labatut, opus cit., t. II, pp. 88 y ss.





## 28.4. EL DELITO DE PREVARICACIÓN

28.4.1. *Introducción*

En el sistema nacional no hay concretamente un delito de prevaricación, se trata de un conjunto de comportamientos que se agrupan en el párrafo 4º bajo la referida denominación, en el Título V del Libro segundo, arts. 223 y siguientes del Código Penal. En el Título V se describen los delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, de consiguiente son delitos de carácter funcionario que exigen un sujeto calificado, ser empleado público, que, además, debe servir funciones especiales, ejercer jurisdicción, que excepcionalmente se extiende a otros empleados públicos y aun a particulares cuando estos últimos desarrollan funciones de compromisarios, peritos o se trata de abogados o procuradores. No todas las posibles infracciones en que pueden incurrir estas personas son constitutivas de prevaricación, únicamente aquellas que están especialmente tipificadas como tales. Los comportamientos prohibidos importan un conjunto de acciones u omisiones que principalmente consisten en dictar resoluciones manifiestamente injustas en negocios judiciales, contencioso-administrativos y aun meramente administrativos, que no siempre obedecen a una idea, principio o noción rectora única. Tales infracciones se proyectan a veces a lo administrativo, suscitando dudas sobre la posible violación del principio *non bis in idem*, pues junto con subsumirse a un tipo penal constituyen atentados a la administración. El concepto corriente de la voz "prevaricar", como lo señala Orts Berenguer, es "faltar a las obligaciones del cargo que se desempeña; faltar un funcionario público a la justicia en actuaciones propias de su cargo, a sabiendas o por ignorancia inexcusable".<sup>765</sup>

En cuanto a precisar cuál es *el bien jurídico amparado* por estos delitos, hay diversas variantes; existiría cierto consenso en estimar que lo protegido es el correcto desempeño de aquellas personas que están a cargo de la administración de justicia. En síntesis—peligrosa como toda síntesis—, podría reducir la noción de prevaricación al hecho de dictar a sabiendas o por ignorancia inexcusable sentencias y resoluciones evidentemente injustas. El concepto de injusto

<sup>765</sup> Cfr. E. Orts Berenguer, opus cit., p. 445.

no debe entenderse en sentido abstracto—eso importaría sujetar la labor de los jueces a su conciencia personal o a sus particulares creencias—, sino en su alcance concreto, vinculado estrictamente con el ordenamiento jurídico vigente al momento del pronunciamiento. Es erróneo conectar esta noción con cuestiones morales u ordenamientos teóricos o de naturaleza subjetiva.<sup>766</sup>

Las prevaricaciones se caracterizan por ser delitos *especiales*, necesariamente requieren de un *sujeto activo calificado* que debe desarrollar ciertas labores específicas. La responsabilidad penal en cada caso sigue siendo personal, el delito es obra de la persona que desempeña la función de magistrado, no del tribunal que integra, particularmente cuando se trata de un órgano colegiado (tribunal del juicio oral, Corte de Apelaciones o Corte Suprema). Es la persona natural que da vida al delito la que incurre en prevaricación, no la institución "tribunal".

28.4.2. *Clases de prevaricación consideradas en el Código Penal*

Se pueden distinguir tres órdenes de prevaricaciones en nuestro sistema: a) aquella en que incurren funcionarios judiciales o personas que desarrollan actividad de esa naturaleza (arts. 223, 224, 225, 226 y 227); b) funcionarios públicos que no teniendo la calidad antes señalada les corresponde pronunciarse sobre asuntos contencioso-administrativos o sólo administrativos (arts. 228, 229 y 230), y c) abogados y procuradores (arts. 231 y 232).

28.4.3. *Prevaricación de funcionarios judiciales o de quienes desarrollan actividades de esa naturaleza*

En esta prevaricación, considerándola desde su aspecto subjetivo, se pueden distinguir tres grupos de comportamientos prohibidos:

<sup>766</sup> Francisco Pacheco expresaba respecto de la prevaricación: "El juez fanático que ve realmente crímenes donde la razón fría y desapasionada no puede hallarlos, será un juez injusto, pero no un juez prevaricador. Por el contrario, merecerá este nombre el que, conociendo la injusticia que comete, la verifica y lleva a efecto, sin embargo, porque se propone vengar un resentimiento, o favorecer a quien pueda darle una ventaja" (t. 2º, p. 394).



a) cuando los funcionarios incurren dolosamente en determinadas conductas (arts. 223 y 224 N<sup>os</sup> 2, 3, 4, 6 y 7); b) cuando lo hacen por negligencia o ignorancia inexcusable (arts. 224 N<sup>o</sup> 1 y 225), y c) cuando no dan cumplimiento a una orden de sus superiores (art. 226).

Estas tres clases de prevaricación requieren de sujetos que han de cumplir, al momento de incurrir en las conductas prohibidas, ciertas funciones determinadas, como se pasará a explicar.

#### 28.4.4. *Sujetos activos calificados*

De los artículos antes citados se desprende que sólo pueden cometer estos delitos personas que cumplan condiciones especiales:

a) Ser miembro de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales, quedan comprendidos en ese enunciado los ministros de la Corte Suprema, de las Cortes de Apelaciones, los jueces civiles, los jueces de garantía y de los tribunales del juicio oral, de familia, laborales, o que integren los demás tribunales especiales.

b) Los fiscales judiciales, tanto de la Corte Suprema como de las Cortes de Apelaciones.

c) Las personas que por el ministerio de la ley desempeñan cargos de miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales. Las expresiones usadas por el art. 227 N<sup>o</sup> 1 hacen referencia a los abogados integrantes de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones. Quedan comprendidos, además, los secretarios de juzgados, los defensores públicos y aun los abogados de las ternas a que alude el art. 213 del C.O.T. que les corresponde subrogar a los jueces.

d) "Los compromisarios, peritos y otras personas" que ejerzan atribuciones análogas derivadas de la ley, del tribunal o del nombramiento de las partes. Se trata de una alusión directa a los jueces árbitros, que pueden ser de derecho o arbitradores; les será aplicable esta normativa en cuanto sea posible, pues no correspondería que a un árbitro arbitrador se le atribuya fallar contra ley expresa y vigente, por la naturaleza de su función. Otro tanto sucede con los peritos, que normalmente deben pronunciarse sobre cuestiones de hecho, conforme con su ciencia o arte, y no

les corresponde aplicar la ley. Estas personas no pueden incurrir en todas las prevaricaciones que se comentarán a continuación, sino sólo en algunas.

No puede extenderse esta enumeración a los fiscales que conforman el ministerio público, que es el organismo encargado de investigar los delitos (art. 80 A de la Constitución Política, arts. 1<sup>o</sup> y ss. de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N<sup>o</sup> 19.640 y art. 77 del C.P.P.) ni a los defensores de la Defensoría Pública Nacional, que normalmente quedan excluidos, salvo la que pueda serles aplicables en su calidad de abogados o procuradores.

#### 28.4.5. *Responsabilidad de los miembros de la Corte Suprema*

La Constitución Política, en su art. 79, inciso primero, y el Código Orgánico de Tribunales en el art. 324, inciso primero, establecen, de modo general, que los jueces responden personalmente de la inobservancia de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y torcida administración de justicia y de toda prevaricación o grave infracción de sus deberes, dejándolos sujetos a las normas del Código Penal. Pero en el inciso segundo de la disposición constitucional se expresa: "Tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esa responsabilidad". Por otra parte, el inciso segundo del artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales citado dispone: "Esta disposición no es aplicable (haciendo referencia a su inciso primero) 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". Aparentemente existiría una contradicción entre estas disposiciones, pues la Carta Fundamental señala que los referidos ministros tienen responsabilidad, pero la forma de hacerla efectiva queda sujeta a la ley. No obstante, el Código Orgánico —que sería la ley en cuestión— los excluye parcialmente de tal responsabilidad. Sería aconsejable modificar legislativamente esta situación, que la doctrina, atinadamente, ha criticado.



28.4.6. *Conductas dolosas constitutivas de prevaricación*

La ley penal hizo una enumeración casuística de distintas conductas que tipifica como prevaricación, caracterizadas en su plano subjetivo por el dolo directo, a través de expresiones como “a sabiendas”, “maliciosamente”, que emplea según la oportunidad. Se comentarán a continuación cuáles son estos comportamientos.

28.4.7. *“Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil” (art. 223 N° 1)*

Los jueces incurrir en esta prevaricación cuando faltan al deber que constituye la esencia misma de su función: dictar sentencia conforme a la ley. La sentencia es el momento culminante del ejercicio de la jurisdicción y está rodeada de garantías procesales para asegurar que la decisión a que en ella se arriba solucione adecuadamente el conflicto sometido a su conocimiento; el juez normalmente debe cumplir esta función conforme a la ley, si la viola “a sabiendas”, incurrir en delito. Los procesos a los que se extiende este principio pueden ser criminales o civiles, expresiones estas últimas que han de entenderse con amplitud. En las civiles se comprenden las causas laborales, de familia, tributarias, no exclusivamente las calificadas como “civiles” para efectos de competencia o procedimiento. Quedan incluidos, igualmente, los procedimientos contenciosos como los no contenciosos, el precepto no hace distinción. Es en las *sentencias* donde el juez debe cometer el delito, y por tales se han de entender las definitivas y las interlocutorias, estas últimas siempre que establezcan derechos permanentes para las partes.<sup>767</sup>

La conducta sancionada es “fallar” contra ley vigente y expresa; en otros términos, dictar sentencia desconociendo la ley, y por tal ha de considerarse la vigente para la situación a resolver —bien puede no estar vigente la norma en la época en que se aplica por situaciones de retroactividad o ultractividad de la misma—, pues de lo que se trata es de la clara inaplicación de una norma que es

<sup>767</sup> Cfr. Labatut, opus cit., t. II, pp. 73-76; Etcheberry, opus cit., t. IV, p. 215; Matus, Ramírez, *Lecciones*, t. II, p. 530.

categoricamente la apropiada al caso particular. La voz vigente, por tanto, no se refiere al tiempo, sino al caso de que se trate. Por “expresa”, como bien señala Etcheberry,<sup>768</sup> se hace referencia a las leyes formalmente tales; quedan marginadas las otras preceptivas, como reglamentos, ordenanzas y decretos.

*Subjetivamente* el juez debe actuar “a sabiendas”, expresiones que se han interpretado siempre y mayoritariamente como limitadas al dolo directo, marginando el eventual y, en especial, la culpa. El funcionario tiene que *saber* que no está aplicando la ley que *él cree es la pertinente* al conflicto sobre el cual se pronuncia en el fallo. Es esta torcida actitud del magistrado la esencia del delito. Por consiguiente, el comportamiento sancionado no consiste en una errada aplicación o interpretación de la ley, sino en una mañosa y consciente aplicación de una norma que no corresponde; pues las otras infracciones son reparables con recursos legales, como la apelación y la casación. Esto no significa que las acciones atribuibles a dolo eventual o a culpa en que incurra un funcionario judicial no sean sancionables, como se verá en los párrafos siguientes, pueden adecuarse a la figura descrita en el art. 225 N° 1.

28.4.8. *“Cuando por sí o por interpuesta persona admitan o convengan en admitir dádiva o regalo por hacer o dejar de hacer algún acto de su cargo” (art. 224 N° 2)*

Aquí se sanciona el llamado “cohecho”, siempre que uno de los partícipes sea juez, pues existe una figura más general, en los arts. 248 y siguientes, donde se reprime este comportamiento cuando interviene cualquier funcionario público.

En el art. 224 en estudio es necesaria la participación de un funcionario judicial, circunstancia que le confiere particular especialidad. Es un tipo penal de mera actividad, no requiere que el beneficio se obtenga por el magistrado o que el acto esperado se cumpla para que se consume el delito y, si se obtiene uno u otro, o ambos, simplemente se agota el tipo, pero no varía la sanción que le corresponde. La actividad prohibida al magistrado consiste tanto

<sup>768</sup> Cfr. Etcheberry, opus cit., t. IV, p. 215.

en "admitir" una dádiva, como en "convenir" una; en realidad, en sendas alternativas hay un acuerdo de voluntades, que puede ser expreso o implícito, el que admite un beneficio por hacer o no hacer algo está tácitamente adoptando un acuerdo.

El acuerdo puede referirse a que se dicte una resolución en un sentido determinado (acoger una demanda), o se abstenga de adoptarla (no disponer una orden de detención cuando debe hacerlo), sin perjuicio de que esas resoluciones puedan o no estar conforme a derecho, sean o no indebidas, la norma penal no distingue. Dádiva o regalo, para estos efectos, involucra cualquier beneficio que se ofrezca al juez, la expresión no queda restringida a prestaciones de orden pecuniario, pueden ser de otra índole, como un ascenso en su carrera, un traslado. Incurrir en el delito el funcionario que se limita a recibir o aceptar una dádiva (conducta pasiva), como a su vez cuando la solicita (comportamiento activo). Esta última conducta indudablemente es más grave, aunque no tiene repercusiones en la penalidad. El tercero que entrega u ofrece la dádiva o regalo no responde por el delito de prevaricación, sino por el de cohecho sancionado en los arts. 245 y siguiente, según opinión mayoritaria de la doctrina.<sup>769</sup>

*Subjetivamente* el funcionario debe actuar con *dolo directo*; aunque la norma no lo exige expresamente, la naturaleza de la conducta supone una voluntad dirigida a realizar el comportamiento prohibido.

28.4.9. "Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a persona imputada o que litigue ante ellos" (art. 223 N° 3)

Se trata de un tipo penal especial que afecta exclusivamente a los funcionarios judiciales; cuando el sujeto activo es otro funcionario público, la figura a aplicar es la descrita en el art. 258,

<sup>769</sup> El autor, partiendo del principio que cada sujeto responde conforme al dolo con que actúa, estima que quien ofrece una dádiva a un magistrado debe ser castigado como autor de prevaricación, porque aparte de que se trata de una figura de participación necesaria, el oferente sabe a quién está sobornando.

que sanciona comportamientos análogos. Lo prohibido incide en el comportamiento del juez que, valiéndose de su investidura o con motivo de ella, reclame favores de índole sexual de una persona imputada en su tribunal (pueden ser jueces de garantía, del juicio oral o miembros de una corte) o de quien litigue ante ellos (jueces de jurisdicciones no penales); en este último caso, sea que tenga la calidad de parte en el litigio de que conocen o sea su apoderado. No corresponde distinguir el sexo del magistrado o del requerido, pueden ser mujer u hombre indistintamente. Tampoco importa que se pretenda un acceso carnal u otras conductas de orden sexual, los verbos seducir o solicitar las comprenden. Es importante reparar que el delito comentado es de mera actividad, suficiente es hacer el requerimiento para que se consume, no es necesario que la actividad erótica se materialice, lo que descarta la posibilidad de tentativa.

28.4.10. "Cuando a sabiendas contravinieren a las leyes que reglan la substanciación de los juicios, en términos de producir nulidad en todo o en parte substancial" (art. 224 N° 2)

Lo sancionado es la contravención —sea por acción u omisión— en que incurre el juez de las normas que regulan el procedimiento de la causa. Esa vulneración debe cumplir con dos condiciones: a) ha de ser realizada con dolo directo (a sabiendas), o sea, intencionalmente por el magistrado, y b) ha de tener como consecuencia la nulidad del proceso o de parte importante del mismo. Se sabe que el procedimiento es riguroso en ciertos casos y está sujeto a trámites o actividades cuyo incumplimiento es sancionado por la ley procesal con la nulidad de lo obrado, a estas situaciones son las que hace referencia el tipo penal.

28.4.11. "Cuando maliciosamente nieguen o retarden la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida" (art. 224 N° 3)

Esta conducta es difícil de concretar, pues los sistemas procesales y los controles a que está sujeta la actuación de los jueces la hacen



poco probable. Se podrá presentar de modo excepcional, porque el magistrado que deniega una petición o una solicitud de protección o auxilio que se le presenta, está impartiendo justicia, bien o mal, pero la administra; además hay recursos procesales para enmendar los errores o abusos.<sup>770</sup> Sin perjuicio de lo comentado, la ley exige para conformar el tipo penal que el funcionario judicial actúe con malicia, o sea, clara u ostensiblemente debe violar sus obligaciones, sabiendo que lo hace, sea por acción o por omisión.

28.4.12. “*Cuando maliciosamente omitan decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no lleven a efecto la decretada, pudiendo hacerlo*” (art. 224 N° 4)

Esta conducta se refiere al deber del juez de disponer la detención o prisión cuando procesalmente corresponde. En la actualidad, con el nuevo proceso penal, sólo excepcionalmente el juez puede actuar de oficio para disponer una detención, toda vez que es el fiscal a quien le corresponde hacer tal petición, los jueces se limitan a acogerla o denegarla (art. 127 C. Procesal P.). Se exige que el juez actúe con dolo directo.

28.4.13. “*Cuando maliciosamente retuvieren en calidad de preso a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley*” (art. 224 N° 5)

El art. 152 del C. Procesal P. le impone al juez de garantía el deber de velar por las personas que se encuentren en prisión preventiva. Disponiendo de oficio su libertad cuando no subsistan los motivos que la justifican. Si intencionalmente se niega a cumplir con esta obligación, incurre en prevaricación.

<sup>770</sup> Cfr. Etcheberry, opus cit., t. IV, p. 218.

28.4.14. “*Cuando revelen los secretos del juicio o den auxilio o consejo a cualquiera de las partes interesadas en él, en perjuicio de la contraria*” (art. 224 N° 6)

El tipo penal prohíbe dos clases de conductas: a) que el juez revele *secretos del juicio* y b) que dé auxilio o *consejo a alguna de las partes*. En ambas alternativas no exige la disposición –como sucede en los casos anteriores– que se actúe con *malicia*, no obstante el sujeto activo necesariamente debe actuar con dolo directo, el eventual queda descartado atendida la naturaleza de las conductas descritas. En efecto, ambos comportamientos son delitos de mera actividad, que requieren, además del dolo, de un elemento subjetivo de tendencia trascendente, pues la revelación de los secretos del juicio o el auxilio a una parte deben hacerse *en perjuicio de la otra parte*. El magistrado tiene que actuar con ese ánimo, aunque no se exige que el daño se concrete, la preposición “en” lo evidencia, como la naturaleza del delito de prevaricación, elemento subjetivo que margina la posibilidad del dolo eventual.<sup>771</sup> No se trata de una condición objetiva de punibilidad.

Es útil hacer notar que en cuanto a la revelación de secretos existe un tipo que podría catalogarse como genérico para todos los empleados públicos –que no sean funcionarios judiciales– en los arts. 246 y siguientes.

28.4.15. “*Cuando con manifiesta implicancia, que les sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil*” (art. 224 N° 7)

El tipo descrito por este número requiere que el juez dicte una sentencia –o sea, una resolución con el alcance anteriormente explicado– y estando implicado *no haya puesto esa inhabilidad en conocimiento de las partes*. Debe tratarse, en todo caso, de una im-

<sup>771</sup> Opina en sentido contrario y en referencia al auxilio Etcheberry, para quien esta modalidad sería un delito material, limitando el perjuicio a esta única alternativa (opus cit., t. IV, p. 219), lo que no compartimos, atendida –a nuestro juicio– la clara redacción de la disposición, que separa la última oración del resto de la disposición, con una coma (,).



plicancia manifiesta, lo que significa que debe ser ostensible y, además, ha de haber tenido conocimiento de ella con anterioridad a la emisión del fallo. Por implicancia debe entenderse no sólo aquellas calificadas de tales por los códigos procesales, sino también las denominadas recusaciones.<sup>772</sup>

#### 28.4.16. Sanción que corresponde a la prevaricación dolosa

Las tres primeras modalidades de prevaricación dolosa precedentes, esto es, las indicadas en los párrafos 28.4.7 a 28.4.9, por mandato del art. 223 tienen como pena la inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares, y la de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. Las demás conductas señaladas en los párrafos 28.4.10 a 28.4.15 se reprimen con 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 (art. 224).

#### 28.4.17. Prevaricación de los funcionarios judiciales cometidas por negligencia o ignorancia inexcusable

Se reprimen no sólo los comportamientos dolosos de los magistrados en el ejercicio de su ministerio, sino también ciertas conductas culposas o cometidas con dolo eventual. En los arts. 224 N° 1 y 225 se describen y sancionan ciertos actos en que pueden incurrir los jueces atribuibles a negligencia o ignorancia inexcusable, como también a dolo eventual, aunque esto último el legislador no lo señale expresamente. Del contexto del párrafo se desprende que resultaría poco coherente que se castigaran la negligencia y la ignorancia de los magistrados, pero no así el dolo eventual, puesto que —como se ha señalado en los apartados precedentes— las conductas descritas en los arts. 223 y 224 requieren de dolo directo. En el hecho el legislador asimiló el dolo eventual a la culpa para efectos de la sanción en el N° 1 del

<sup>772</sup> Cfr. Etcheberry, opus cit., t. III, p. 219.

art. 224 y en el art. 225. Es útil tener en cuenta que no se castiga la simple ignorancia del juez que lo indujo a error al dictar una resolución o al realizar una diligencia, errores que se rigen por los principios del error de prohibición; lo que sí se sanciona en la prevaricación es su ignorancia inexcusable, o sea, la grosera o imperdonable, que la doctrina generalmente asimila al dolo.

Los comportamientos cometidos con negligencia o ignorancia inexcusables sancionados son los siguientes:

a) “*Cuando por negligencia o ignorancia inexcusables dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa criminal*” (art. 224 N° 1). El art. 225 N° 1 reprime el mismo comportamiento cuando se trata de una *causa civil*, o sea, no penal, comprendiendo, entre otras, las de familia y las laborales. El concepto de sentencia para estos efectos se ha explicado en los párrafos anteriores, pero la noción de sentencia “injusta” debe precisarse en esta oportunidad, pues no se hace referencia a lo que subjetivamente y respaldado por principios abstractos pueda considerarse justo, sino a cuando jurídicamente lo es. A saber, en el ámbito jurídico justo es aquello que está conforme con el ordenamiento jurídico y la equidad. La injusticia que interesa “es la que se corporiza en una aplicación torcida de las normas positivas a través de la resolución de un juez, así como la fundamentación de ésta”, puede aun resultar injusta la actuación de un magistrado que se atiene a la ley, cuando esa ley es inconstitucional.<sup>773</sup> La sanción que corresponde a la prevaricación de una sentencia criminal es diferente a la de una sentencia civil. En el primer caso, es 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; si se trata de sentencia civil, la pena es de suspensión de cargos o empleos públicos en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales o sólo esta última.

b) “*Contravinieren a las leyes que reglan la substanciación de los juicios en términos de producir nulidad en todo o en parte substancial*” (art. 225 N° 2). En el párrafo 28.4.10 se comentó este mismo comportamiento, pero realizado con dolo directo —a sabiendas—; en el presente caso se castiga cuando se realiza por negligencia o ignorancia inexcusables.

<sup>773</sup> Cfr. E. Orts Berenguer, opus cit., p. 447.



c) “Negaren o retardaren la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida” (art. 225 N° 3). Esta prevaricación requiere de negligencia o ignorancia inexcusables, porque si se incurre en ella con dolo directo conforma el tipo penal descrito en el art. 224 N° 3, a que se hace referencia en el párrafo 28.4.11.

d) “Omitieren decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no llevaren a efecto la decretada, pudiendo hacerlo” (art. 225 N° 4). Esta conducta, que debe ser realizada con culpa, es análoga a la que se describe en el art. 224 N° 4 como dolosa, y que se comentó en el apartado 28.4.12, y

e) “Retuvieren preso por más de cuarenta y ocho horas a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley” (art. 224 N° 5). Este precepto en la actualidad no parece estar de acuerdo con las disposiciones y garantías procesales vigentes, pues el detenido normalmente no puede permanecer en esa situación por un lapso superior a veinticuatro horas sin ser puesto a disposición del tribunal para que se pronuncie respecto de esa privación de libertad (art. 131 del C. Procesal P.). No obstante, si por negligencia o ignorancia inexcusables el juez no pone en libertad a un individuo que debe estarlo, reteniéndolo, no incurre en prevaricación, a menos que trascorra un lapso superior a cuarenta y ocho horas, situación que no resulta coherente con las garantías mencionadas. Si el funcionario judicial actúa con malicia, esta conducta conforma el tipo descrito en el art. 224 N° 5; si es un empleado público no judicial el responsable de un comportamiento como el señalado, debe ser sancionado como lo disponen los arts. 148 y siguientes.

#### 28.4.18. Pena asignada a la prevaricación cometida por negligencia o ignorancia inexcusables

La sanción que corresponde a las diversas modalidades de prevaricación culposa es suspensión de cargo o empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales o sólo esta última. La pena es compuesta y al mismo tiempo alternativa, a criterio del tribunal. Se exceptúa de esta sanción la prevaricación culposa descrita en el art. 224 N° 1, que se comentó en el párrafo 28.4.17. a).

#### 28.4.19. Incumplimiento del magistrado de las órdenes de una autoridad superior

La función jurisdiccional en el sistema nacional se ejerce en un sistema jerarquizado, donde el tribunal superior puede dar órdenes al tribunal inferior y este debe cumplirlas (sistema de cumplimiento ciego relativo). El art. 226 en su inciso primero establece, haciendo referencia a los jueces: “En las mismas penas incurrirán cuando no cumplan las órdenes que legalmente se les comuniquen por las autoridades superiores competentes, a menos de ser evidentemente contrarias a las leyes, o que haya motivo fundado para dudar de su autenticidad, o que aparezca que se han obtenido por engaño o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever”.

De modo que el magistrado inferior en jerarquía debe cumplir necesariamente la orden del tribunal superior, a menos que: a) no le sea comunicada de conformidad a la ley; b) sea evidentemente contraria a las leyes; c) aparezca que se obtuvo por engaño, y d) se tema que de su cumplimiento resulten males graves que el superior no estuvo en condiciones de prever. Cuando se alude a ilegalidad de la orden, esta debe ser ostensible y categórica, es insuficiente que cause simples dudas o aprensiones. Frente a estas situaciones, el juez debe cumplir lo dispuesto en el inciso segundo del artículo transcrito: “En estos casos el tribunal, suspendiendo el cumplimiento de la orden, representará inmediatamente a la autoridad superior las razones de la suspensión, y si ésta insistiere, le dará cumplimiento, libertándose así de responsabilidad, que recaerá sobre el que la mandó cumplir”. En definitiva, en el ámbito judicial la orden ilegal del superior jerárquico debe ser cumplida por el inferior, pero para liberarse de sanción por el delito que pueda importar su ejecución, debe representarla al superior, que si insiste en su cumplimiento, pasa a responder exclusivamente, pero no así su subordinado.

La forma de incumplir las órdenes de parte del juez inferior normalmente será mediante una omisión, pero también podría hacerlo a través de una acción que importe desobedecerla. En todo caso, subjetivamente el tipo penal requiere de dolo, la culpa y la simple ignorancia quedan descartadas. La pena que corresponde al delito de desobediencia es la señalada en el art. 225 y que se indica en el apartado que precede (28.4.18).



28.4.20. *La prevaricación de los abogados y de los procuradores*  
(arts. 231 y 232)

Se extiende a los abogados como a los procuradores la posibilidad de que incurran en el delito de prevaricación, pero limitando esa calificación a muy específicas actividades. El art. 231 castiga al abogado o al procurador que con “abuso malicioso de su oficio, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos” y que para determinar la pena a imponer se considerará “la gravedad del perjuicio que causare”. El tipo penal lo conforman dos clases de conductas: a) perjudicar al cliente y b) descubrir sus secretos causando también perjuicio. Son figuras de resultado —siempre han de provocar perjuicio— y, al mismo tiempo, son tipos abiertos, pues no se describen las acciones a realizar, sino que deben determinarse por su objetivo o dirección, precisados por los verbos que emplea para describirlos: “perjudicar” o “descubrir secreto”. El perjuicio puede ser de cualquier entidad y naturaleza, sea de índole pecuniaria, social o moral.<sup>774</sup>

Es un delito *especial*, pues los sujetos han de ser un abogado o un procurador, este último no requiere título profesional, pero ha de tener poder de parte del cliente para representarlo en juicio. El abogado puede incurrir en este comportamiento en el amplio ejercicio de su actividad profesional, y no sólo en un procedimiento judicial; en las actas de la Comisión Redactora se dejó expresa constancia de que la palabra cliente usada en el referido artículo se refiere “no sólo al que solicita los servicios de un abogado para la prosecución de un juicio, sino también al que le busca para cualquier asunto relativo a la profesión”.<sup>775</sup> El sujeto pasivo es un cliente, o sea, una persona natural o jurídica que ha requerido los servicios profesionales del abogado o procurador. El tipo subjetivo supone *dolo directo*, el delito se describe como un “abuso malicioso”. La pena correspondiente a estas conductas es suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial perpetua para el cargo o profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

El abogado —no así el procurador— puede incurrir en prevaricación, además, si “teniendo la defensa actual de un pleito, patrocinarle

a la vez a la parte contraria en el mismo negocio” (art. 232). A las voces “pleito” y “patrocinio” se les debe reconocer un alcance o sentido estricto, vale decir, ha de tratarse de un procedimiento contradictorio, donde el abogado defiende a una de las partes y ha asumido formalmente su patrocinio; la expresión “negocio” es similar —en este caso— a la de pretensión o asunto y no debe dársele otro significado.<sup>776</sup> Es indiciario al efecto que la Comisión Redactora al estudiar este precepto se refirió a la “intervención en los juicios”, cuando excluyó de la misma a los procuradores, modificando por ello la redacción “de modo que sólo comprenda el caso de que la defensa del abogado a uno y a otro *litigante* tenga lugar simultáneamente.”<sup>777</sup> La sanción para esta prevaricación es inhabilitación especial perpetua para el ejercicio de la profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

28.4.21. *Prevaricación de un empleado público no perteneciente al orden judicial* (arts. 228, 229 y 230)

En las referidas disposiciones se tipifican dos órdenes de comportamientos que pueden afectar a un empleado público *ajeno al ámbito judicial*, a saber, aquellos que no son jueces, ministros de Cortes, árbitros o peritos judiciales. Las conductas sancionadas corresponden a actuaciones específicas: a) dictar providencias o resoluciones manifiestamente injustas en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo (art. 228) y b) no proceder a la persecución o aprehensión de los delincuentes después de requerimiento o denuncia formal hecha por escrito, faltando a las obligaciones de su oficio. En sendas situaciones se reprime la actuación o la omisión, siempre que se haya realizado con *dolo* o *negligencia inexcusables*.

Cuando se incurre en el comportamiento señalado en la letra a), la pena es suspensión del empleo en su grado medio y multa de

<sup>774</sup> Cfr. Etcheberry, opus cit., t. IV, p. 222.

<sup>775</sup> Sesión 49 de 21 de julio de 1871.

<sup>776</sup> Opina en distinto sentido Etcheberry, para quien las expresiones empleadas por el artículo 232 tienen un alcance más amplio, que le permite extender la aplicación del tipo penal. “Por patrocinio no debe entenderse el que se ha constituido en términos formales en un proceso, sino en general la defensa o asesoría legal que un abogado presta a su cliente” (t. IV, p. 222).

<sup>777</sup> Sesión 49 de 21 de julio de 1871.

once a quince unidades tributarias mensuales, siempre que haya mediado dolo directo (a sabiendas); si se actuó con negligencia o ignorancia inexcusables la sanción es suspensión en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Tratándose de los comportamientos señalados en la letra b), la pena es suspensión de empleo en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, sea que hayan actuado con dolo directo (malicia) o negligencia inexcusable. Conforme al art. 230, si estos funcionarios no tuvieren renta como empleados, se les aplicará, además, la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. Es útil recordar que si bien los preceptos en estudio exigen dolo directo o negligencia inexcusable, no existe una laguna jurídica tratándose del dolo eventual en estos delitos, porque –como generalmente la doctrina lo acepta– queda asimilado en la noción de negligencia inexcusable.