

Delitos contra la probidad administrativa

Ubicación sistemática: se propone un título de Delitos contra la Administración Pública, que incorpore también los delitos contra la administración de justicia y los abusos contra particulares (en términos amplios).

§ A. Cohecho y soborno

Art. A. El empleado público que en razón de su cargo solicite o acepte un beneficio económico improcedente para sí o para un tercero, será sancionado con [privación de libertad, restricción de derechos y multa].

Art. B. El empleado público que solicite o acepte recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con [privación de libertad, restricción de derechos y multa].

Art. C. El empleado público que solicite o acepte recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para cometer alguno de los delitos expresados en [ubicación sistemática de los distintos delitos funcionarios] o por haberlo cometido, será sancionado con [privación de libertad, restricción de derechos y multa].

Cuando por el delito eventualmente cometido corresponda aplicar otras penas conjuntamente con las señaladas en el inciso anterior, se impondrán sólo las penas previstas por el delito para el que la ley prevea la mayor pena privativa de libertad.

Art. D. El que ofrezca, dé o consienta en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos A, B y C, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa y privación de derechos establecidas en dichas disposiciones.

Tratándose del beneficio consentido, dado u ofrecido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo B, el sobornante será sancionado, además, con pena de [privación de libertad], en el caso del beneficio ofrecido o dado de propia iniciativa, o de [privación de libertad], en el caso del beneficio consentido o dado a solicitud del empleado público.

Tratándose del beneficio consentido, dado u ofrecido en relación con los delitos señalados en el artículo C, el sobornante será sancionado, además, con pena de [privación de libertad], en el caso del beneficio ofrecido o dado de propia iniciativa, o de [privación de libertad], en el caso del beneficio consentido o dado a solicitud del empleado público. Cuando por el delito eventualmente cometido corresponda aplicar al sobornante otras penas conjuntamente con las señaladas en este inciso, se impondrán sólo las penas previstas por el delito para el que la ley prevé la mayor pena privativa de libertad.

Art. E. En los casos en que el delito previsto en el artículo anterior tuviese por objeto la realización u omisión de una actuación de las señaladas en los artículos A o B que mediara en causa criminal a favor del imputado, y fuera cometido por su cónyuge, por alguno de sus

ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, por un colateral consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive, o por persona ligada a él por adopción, sólo se impondrá al responsable la multa que corresponda conforme las disposiciones antes mencionadas.

Art. F. Los bienes recibidos por el empleado público caerán siempre en comiso.

§ B. Soborno de empleados públicos extranjeros o internacionales

Art. G. El que, con el propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja indebidos en el contexto de cualquier relación económica con el extranjero, ofrezca, dé o consienta en dar 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 en el ejercicio de sus funciones o por haberla realizado o haber incurrido en ella, será sancionado con la pena de [privación de libertad, multa y privación de derechos] tratándose del beneficio ofrecido o dado de propia iniciativa, y la pena de [privación de libertad, multa y privación de derechos] tratándose del beneficio consentido o dado a solicitud del funcionario extranjero.

Art. H. Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

§ C. Exacciones ilegales

Art. I. El empleado público que, sin autorización para la exacción de una contribución o de un servicio personal, los exija bajo cualquier pretexto, será penado con [privación de derechos y multa].

Si la exacción de la contribución o servicio personal se hace con ánimo de lucro, el empleado culpable será sancionado de acuerdo con lo previsto en [ubicación sistemática de los delitos contra la propiedad y el patrimonio], según corresponda de acuerdo con las circunstancias.

§ D. Violación de secretos

Art. J. El empleado público que revele de cualquier forma los secretos de servicio de que tenga conocimiento por razón de su cargo será castigado con [privación de derechos y/o multa].

Si la revelación provoca grave daño para la causa pública, las penas serán [privación de libertad y multa], siempre que el delito no merezca una pena mayor por otro título.

Las penas señaladas en los incisos anteriores se aplicarán, según corresponda, al empleado público que indebidamente anticipe en cualquier forma el conocimiento de hechos que deban ser publicados.

Art. K. El empleado público que descubre de cualquier forma los secretos de un particular de que tenga conocimiento por razón de su cargo, incurrirá en las penas de [privación de libertad y multa].

Art. L. El profesional titular que revele los secretos que le han sido confiados por razón de su profesión, en atención a la especial confianza y confidencialidad que requiere el adecuado ejercicio de la misma, incurrirá en las penas de [privación de libertad y multa].

§ E. Uso de información privilegiada

Art. M. El empleado público que, con el propósito de obtener para sí o para un tercero un beneficio económico, haga uso directa o indirectamente de un secreto o información concreta reservada de que tenga conocimiento en razón de su cargo será castigado con [privación de libertad y multa]. Si se obtiene el beneficio perseguido, estas penas [agravación].

§ F. Tráfico de influencias

Art. N. El empleado público que influya en otro empleado público prevaliéndose del poder que sobre éste le dé el ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con él o con otro empleado público para conseguir una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas [privación de libertad, multa y privación de derechos]. Si se obtiene el beneficio perseguido, estas penas [agravación].

Art. Ñ. El particular que influya en un empleado público prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro empleado público para conseguir una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con [privación de libertad y multa]. Si se obtiene el beneficio perseguido, estas penas [agravación].

§ G. Disposiciones generales

Art. O. La pérdida de la calidad de empleado público o de profesional titular no obstará a la aplicación de las disposiciones de este título, siempre que la conducta guarde relación con hechos o circunstancias que tuvieron lugar mientras perduraba esa calidad.

Justificación

Ubicación sistemática

Como se dice en la propuesta, se propone un título de Delitos contra la Administración Pública, que incorpore también los delitos contra la administración de justicia y los abusos contra particulares (en términos amplios).

Es discutible si realmente deben estar aquí ciertos delitos como la violación de secretos de particulares, especialmente cuando se trata de la violación del secreto profesional, o el soborno internacional.

Tarea pendiente: definición de empleado público

Durante la última sesión se recibió el encargo de proponer, para la parte general, una definición legal de “empleado público” (la Comisión debería resolver si seguirá usando esa expresión o preferirá la de “funcionario público”). Ese encargo está pendiente.

Figuras de las que se propone prescindir

Aunque no tengan que ver propiamente con la probidad administrativa, la propuesta se hace cargo de los delitos de *nombramientos ilegales* (art. 220), de *usurpación de atribuciones* (arts. 221 y 222 CP), de *resistencia y desobediencia* (art. 252 CP) y de *denegación de auxilio y abandono de destino* (arts. 253 y 254 CP)¹, entendiéndose que o bien carecen de suficiente gravedad como para justificar la intervención penal (las penas previstas parecen confirmarlo) junto a las sanciones disciplinarias o bien, cuando realmente exhiben gravedad satisfacen las exigencias de otros tipos penales. Con todo, como es obvio, se trata de una cuestión revisable.

Si bien con dudas, se propone también prescindir de los delitos específicos de *infidelidad en la custodia de documentos* (art. 242 a 245 CP), por considerarse que se trata de conductas cubiertas por otras disposiciones: delitos contra la propiedad (calificadas cuando las comete un empleado público que las tiene a su cargo) o de violación de derechos. Sólo se sugiere considerar una disposición general sobre *destrucción de sellos o equivalentes*, en el contexto que corresponda, con una calificación para el empleado público.

Por último, en materia de *enriquecimiento ilícito*, en la convicción de que no es legitimable un delito como el previsto en el art. 241 bis y entendiéndose que el Estado de Chile no está obligado a mantenerlo, en la medida en que tanto la Convención Americana contra la Corrupción (art. IX) como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 20) sólo lo prevén “con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”, se propone enfáticamente prescindir de él².

¹ También prescindía de estos delitos el ANCP de 2005.

² También lo hacía el ANCP de 2005.

Cohecho y soborno

En términos generales la propuesta toma el modelo del derecho vigente a partir de la Ley N° 19.645 de 1999. Las diferencias dignas de mención son las siguientes:

- a) En lo que concierne a la figura básica del actual art. 248 CP, se propone apartarse de la exigencia de “acuerdo ilícito”, es decir, de la conexión sinalagmática entre beneficio económico y un determinado “acto de servicio”, de modo de integrar en el tipo penal los beneficios solicitados o aceptados sin esa conexión, por ejemplo, reconocimientos por la gran gestión (“cultivo del clima” en la jerga alemana, tal como se incorporó en el Código alemán el año 1998), etc. Bastaría, en consecuencia, con la solicitud o aceptación de beneficios económicos genéricamente “en razón del cargo”. Esta ampliación sólo tiene sentido en la figura básica, pues en las figuras calificadas de los arts. B y C la exigencia de “acuerdo ilícito” es inherente a la calificación.

Como detalle menor, se suprime la referencia actual a los “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” y se la reemplaza por la más sintética de “beneficio económico improcedente”, entendiéndose que ambas hipótesis no son sino distintas manifestaciones de un beneficio económico improcedente. La exigencia de tratarse de un beneficio improcedente no es necesaria en los arts. B y C porque en tales supuestos el beneficio siempre lo es.

- b) En el art. C se incluye la hipótesis del beneficio solicitado o aceptado “por haber cometido” alguno de los delitos en cuestión, lo que no ocurre en el derecho vigente y ha dado lugar a mucha crítica.
- c) Asimismo, en el art. C se elimina la posibilidad, presente en el derecho vigente, de que esta hipótesis más grave de cohecho tenga menos pena que las hipótesis menos graves, considerando siempre una pena adicional a las privativas de derechos, con lo cual se cubren los casos, hoy descubiertos, en que no corresponda aplicar ninguna pena adicional por el delito “cometido”, simplemente porque el empleado en el caso concreto no comete ningún delito (sin que sea para nada evidente que estos supuestos puedan reconducirse al art. 248 bis CP). Para evitar duplicidad de penas no privativas de derechos, que es lo que pareció preocupar al legislador, se prevé que sólo se aplique la pena mayor.
- d) En materia de soborno se ha introducido el verbo “dar”, con muchas dudas, porque en realidad no se considera necesario, pero con el propósito de equiparar la redacción con la del soborno de empleados públicos extranjeros e internacionales, que quedó así redactada en virtud de la Ley N° 20.341, ante la insistencia de los miembros del comité de evaluación de la OCDE, que entendió (erróneamente) que

la hipótesis de dar sin oferta previa no quedaba incluida. Como fuera, si su inclusión no fuera convincente, debería salir de todas las hipótesis de soborno.

- e) También en materia de soborno se ha prescindido, contra lo que hace el derecho vigente, de una pena adicional (concretamente pena privativa de libertad) para el sobornante en relación con actos correctos de servicio. Mientras que se puede justificar la privación de libertad para el empleado público por los especiales deberes que pesan sobre él, tratándose del particular, aun cuando él tenga la iniciativa corrupta, parece desproporcionado.

Soborno funcionarios extranjeros e internacionales

En lo que concierne al soborno de funcionarios extranjeros o internacionales se ha procurado mejorar la redacción del actual art. 251 bis sin apartarse de las definiciones de la Convención de la OCDE contra el soborno internacional³, que representa obligación internacional para el Estado de Chile. Lo más significativo puede ser el reemplazo de la referencia a “transacciones internacionales” por la más explicativa y amplia de “relación económica con el extranjero” (el texto en inglés habla de “*international business*”, en alemán de “*im internationalen geschäftlichen Verkehr*”, en francés “*dans le commerce international*”; la traducción oficial en España de “actividades económicas internacionales”), con lo que, sin restringir en absoluto su alcance, se quiere asegurar que quedan cubiertos los sobornos domésticos en un país extranjero para favorecer los negocios que la empresa realiza en ese país y que, a la luz de los comentarios oficiales de los artículos de la convención deben quedar inequívocamente incluidos (v. gr. el Comentario N° 5, sobre el apartado 1 del art. 1, relativo al concepto de “ventaja indebida”, da el ejemplo del permiso de explotación para una fábrica que no cumple los requisitos legales). Podría hablarse también de relaciones económicas internacionales, pero pareciera que es más gráfica la expresión propuesta.

Por el contrario, la definición de funcionario extranjero, que está tomada de la Convención, se mantiene sin alteración.

Exacciones ilegales

Sin perjuicio de que probablemente la figura sea abordada también (y con más propiedad) en el contexto de los delitos funcionarios contra particulares, ha parecido conveniente hacerse cargo aquí de las exacciones ilegales, al menos para dejar constancia de la propuesta de prescindir del delito previsto actualmente en el art. 241 CP, que ha sido totalmente sobrepasado por la reformulación de los delitos de cohecho operada mediante la

³ Cuyo art. 1.1 dispone: “1. Cada Parte adoptará las medidas necesarias para tipificar como delito punible conforme a la ley el hecho de que cualquier persona intencionalmente ofrezca, prometa u otorgue cualquier ventaja pecuniaria o de otra índole -sea en forma directa o a través de intermediarios- a un funcionario público extranjero, en beneficio de éste o de un tercero, a fin de que tal funcionario público, en el ejercicio de sus deberes oficiales, actúe o se abstenga de actuar y con ello obtenga o mantenga cualquier negocio u otra ventaja indebida, en la realización de transacciones internacionales”.

Ley N° 19.645 (y que con la posterior modificación de las penas del cohecho se ha convertido en un privilegio absurdo). Sólo debería considerarse un tipo como el previsto por el actual art. 157, que es lo que se propone, en términos equivalentes a los que le dio la misma ley.

Violación de secretos

Se mantienen en lo fundamental las formulaciones del derecho vigente, que distingue entre violación de secretos privados y públicos. Las cuestiones destacables de la propuesta son las siguientes:

- a) Se plantean dudas sobre el alcance de la revelación de los *secretos públicos*, desde una perspectiva que, sin embargo, no es la propia de la regulación penal, sino que atinge al objeto sobre el cual se aplica dicha regulación, concretamente la definición de secreto público luego de la introducción del nuevo art. 8° de la Constitución mediante la reforma constitucional de 2005 y de la Ley N° 20.285, de 20 de agosto de 2008, sobre acceso a la información pública, que redujeron radicalmente la posibilidad de establecer secretos. Ahora bien, subsistiendo un ámbito para el secreto, las disposiciones pueden seguir aplicándose sin problemas respecto de ese ámbito. La duda es si es posible aplicarlas también a informaciones a las que conforme al nuevo régimen constitucional y legal todo el mundo puede tener acceso, en la medida en que se revelan antes y al margen del procedimiento previsto para hacer posible ese acceso. Pareciera que el inciso segundo permitiría esa aplicación (anticipación del conocimiento de hechos que deben ser publicados), pero surge la duda por la legitimación de la intervención penal por la simple vulneración del procedimiento. La Comisión debería pronunciarse sobre el fondo de esta cuestión y, sobre esa base, adoptar una descripción más explícita.
- b) Se mantiene en el mismo contexto, pero separadamente, la violación del *secreto profesional*, procurando reemplazar una definición meramente formal del presupuesto de hecho y que en la actualidad conduce a resultados imprevisibles (ejercicio de “las profesiones que requieren título”) por una orientación hacia la especial confianza y confidencialidad que son necesarias para el adecuado ejercicio de la profesión. De este modo, en principio, al margen de deberes de secreto con otra fuente, ni los ingenieros ni los arquitectos deberían estar considerados, pero sí abogados (si no se establece norma especial en materia de prevaricaciones), médicos, psicólogos, asistentes sociales, orientadores, etc.).

Uso de información privilegiada

En lo que concierne a esta materia, hoy regulada en el art. 247 bis CP, se reemplaza la exigencia de efectiva obtención del beneficio económico perseguido (resolviendo de paso la discusión habida sobre si se trata de un resultado típico o de una condición objetiva de punibilidad) por una tendencia subjetiva trascendente (el injusto no consiste en obtener el

beneficio, sino en la vulneración de deberes anteponiendo intereses privados), considerando en todo caso una calificación si efectivamente se consigue ese propósito.

Tráfico de influencias

Las perspectivas desde las cuales se puede definir el tráfico de influencia han sido muy variadas. Existe cierta tradición, con antecedentes en el derecho romano, que lo emparenta con la “venta de humo”, es decir, la oferta al público de influencia real o supuesta sobre las autoridades como medio para obtener favores, cuyo injusto guarda relación con las injurias y con la estafa. Varios ordenamientos ven sólo una forma específica de cohecho y soborno (necesaria para cubrir lagunas de punibilidad cuando la exigencia del “acuerdo ilícito” es fuerte y no se entiende dada cuando el cohechado no es quien debe realizar el acto por el que paga). Al respecto los instrumentos internacionales, que hasta ahora sólo recomiendan, también exhiben aproximaciones diferentes⁴. Aquí se entiende que el núcleo del injusto consiste en afectar la objetividad de las decisiones de los empleados públicos, subordinándolas a la consecución de fines privados, lo que no ocurre sólo cuando media un soborno.

El derecho vigente reprime en todo caso sólo al empleado público que ejerce influencia para favorecerse a sí o a una persona de su círculo cercano, no para favorecer a un tercero (art. 240 bis CP), situación que sólo es punible si ha mediado cohecho (art 248 bis inciso segundo CP). Consecuentemente, los particulares sólo son alcanzados indirectamente a través del soborno (y eventualmente mediante las reglas sobre participación). La propuesta se aparta del derecho vigente, entendiendo que existe un injusto específico del que, sin perjuicio de que muchas veces puedan coincidir, no dan cuenta las figuras a las que se ha asociado hasta ahora el delito y consiste en ampliar el ámbito de lo punible al favorecimiento gratuito de terceros y a la acción de los particulares, que ahora quedan alcanzados en términos generales, no sólo cuando sobornan, si bien no por el simple dejarse favorecer, sino por el ejercicio activo de influencia sobre un empleado público, todo esto en su propio mérito, sin perjuicio del posible concurso con el cohecho o soborno en el caso concreto. Para esto se han tomado como modelo, casi al pie de la letra los arts. 428 y 429 del Código español.

⁴ En la línea de un soborno especial está la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción: “Artículo 18. Tráfico de influencias. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido”. En términos más amplios, en cambio, la Convención Americana contra la Corrupción: “Art. XI letra c. Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado”.

Acumulación de penas privativas y restrictivas de derechos

Se prescinde del actual inciso segundo del art. 251 CP por considerarse que, si bien se hace cargo de una hipótesis específica de concurrencia de penas privativas o restrictivas de derechos en calidad tanto de penas principales como de penas accesorias en el contexto del cohecho activo y pasivo, en realidad se trata de un problema más amplio, que se da también, por ejemplo, en muchas hipótesis concursales no reguladas especialmente. Por eso se cree necesario contar con una regla general que se haga cargo de todos los casos posibles, en el contexto de la regulación de los concursos. Una razón técnica adicional para este proceder es darle visibilidad a una norma que ha pasado inadvertida y prevenir que modificaciones legales de los tipos en que se dan especialmente las situaciones problemáticas haga más o menos inoperante la regla, que es lo que ha ocurrido a consecuencia de las modificaciones a los delitos de cohecho, que han dejado desfasadas las remisiones normativas del inciso segundo del art. 251 CP. Aquí no se hace ninguna propuesta de momento.

Disposición general

Se propone una disposición general final que resuelva cualquier duda interpretativa respecto de la aplicación de las normas del título a sujetos (o en relación con sujetos) que al momento de actuar ya no tienen la calidad personal exigida por el tipo, pero cuya conducta (o la conducta en relación con ellos) está referida a hechos o circunstancias que tuvieron lugar mientras sí la tenían. Entre otros muchos ejemplos se puede mencionar el del empleado público que revela secretos, se hace pagar un premio por actos de servicio o aprovecha una información privilegiada una vez que ha dejado de ser empleado público, con lo cual, por estricta legalidad, no parece posible aplicarle un tipo penal que exige ser empleado público.

Surge la duda de si no sería conveniente contar también con una norma que extienda la aplicación de los tipos a la hipótesis inversa del que incurre en las conductas *antes* de tener la calidad (el ministro designado pero aún no nombrado oficialmente, el parlamentario electo, etc.). Sin embargo, es más difícil formular una regla precisa, en tanto que los posibles vacíos de punibilidad son tendencialmente menores.