



UNIVERSIDAD CATOLICA DE LA SANTISIMA CONCEPCION

“FIGURAS PENALES RELEVANTES EN LA RESPONSABILIDAD FUNCIONARIA Y SU EJECUCIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA”

Constituye el cumplimiento de un requisito para el egreso de la Carrera de Derecho de la
UCSC

SOLANGE ROJAS OSORIO

PROFESOR GUÍA SR. GONZALO ELGUETA

CONCEPCIÓN – CHILE

2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1	3
LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN PENAL.....	3
I.- CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA. ASPECTOS GENERALES	3
II.- FUNCIÓN PÚBLICA Y FUNCIONARIO PÚBLICO.....	3
III.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS FUNCIONARIOS E INFRACCIÓN DEL DEBER	4
CAPÍTULO 2	6
DE LOS DELITOS FUNCIONARIOS RELEVANTES Y SU EJECUCIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA.....	6
I.- MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.....	6
1.1.- Malversación Propia o Peculado	7
Sujeto activo:	7
Conducta típica:.....	7
Aspecto subjetivo:	8
Objeto material:	8
1.2.- Malversación Culposa.....	9
1.3.- Malversación por Distracción	10
Sujeto activo:	11
Conducta típica:.....	11
Aspecto subjetivo:	11
Objeto material:	11

1.4.- Malversación por aplicación pública diferente	12
1.5.- Negativa a un pago o entrega.....	13
II.- FRAUDE AL FISCO	14
Sujeto activo	14
Conducta típica.....	15
Aspecto subjetivo	15
III.- NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES	16
Sujeto activo	17
Conducta típica.....	17
Aspecto subjetivo	18
Error de prohibición invencible en el delito de Negociaciones incompatibles.	18
IV.- TRÁFICO DE INFLUENCIAS	21
Sujeto activo	22
Conducta típica.....	22
Aspecto subjetivo	23
V.- EL PROYECTO DE LEY DE NUEVO CODIGO PENAL EN CHILE:	25
CONCLUSIÓN	29
BIBLIOGRAFÍA.....	34

INTRODUCCIÓN

El funcionario público forma parte del engranaje institucional del Estado, tiene como deber emplear en el ejercicio de su cargo la probidad y legalidad que le encomienda la Constitución de la República como imperativo funcional.

El funcionario tiene un rol relevante: está llamado a resguardar los intereses del Estado y por consiguiente de la sociedad toda, tiene la responsabilidad de que del ejercicio de su poder va a depender el bienestar y progreso de la nación. Participa en sus funciones con un rol de garante, no sólo del ejercicio de su función pública, sino también de proteger el patrimonio fiscal, más aun desde el cargo que detenta, desde adentro de la institución.

En nuestro Código Penal existen figuras tradicionalmente vinculadas con el correcto desempeño de la función pública, malversación de caudales públicos, fraude al fisco, negociaciones incompatibles y tráfico de influencias. Figuras delictivas que presentan un punto de conexión con su ejecución en el ámbito tributario: tienen como interés tutelado el patrimonio del Estado. No obstante su recurrente conexión en la actualidad, son tratados en títulos tan disímiles del libro II del Código Penal, como el relativo a los delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos o contra la propiedad y, aun, fuera del Código Penal, en el Código Tributario o en la Ordenanza de Aduanas, por mencionar algunos.

Los delitos de malversación de caudales públicos, fraude al Fisco, negociaciones incompatibles y tráfico de influencias se han convertido en paradigmas penales en la problemática de la corrupción en la Función Pública. Podemos observar la incidencia de estos delitos en que funcionarios son formalizados, vinculados con enriquecimientos por relaciones con empresas del sector privado, las cuales podrían llegar a obtener ventajas tributarias por la conducta de estos funcionarios.

El objetivo de este trabajo es analizar los delitos funcionarios más relevantes y su ejecución en materia tributaria, lo que nos pareció interesante debido a recientes procesos penales seguidos contra conocidos funcionarios públicos y su relación con materias tributarias que han

transformado este problema en importante objeto de preocupación de la comunidad nacional, abriendo “la cosa pública” a los ojos de la sociedad toda.

En el **Capítulo primero**, para tener una aproximación general a los delitos funcionarios, se analizan los conceptos de función pública y funcionario público. Posterior a ello se analiza el bien jurídico protegido que, por su parte, resulta fundamental para comprender a cabalidad este grupo de delitos y su conexión con el ámbito tributario.

En el **Capítulo segundo** se analizan los delitos funcionarios relevantes, relevancia que le otorgamos debido a la penalidad que ofrece para su sanción el Código Penal, los delitos de malversación de caudales públicos, que hace referencia a un grupo de posibles formas de comisión del delito, el fraude al Fisco, negociaciones incompatibles y el tráfico de influencias, todos los cuales pueden ser ejecutados en el ámbito tributario.

CAPÍTULO 1

LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN PENAL

I.- CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA. ASPECTOS GENERALES

El código penal considera funcionario público a quien desempeña una función pública, pero no otorga una definición de este concepto.

La Convención Interamericana contra la Corrupción llena este vacío en su artículo 1°, define función pública como *“Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades, en cualquiera de los niveles jerárquicos”*.

La función pública es una institución, una atribución del Estado para la realización de un fin del mismo, que se origina en el derecho constitucional, se desenvuelve primordialmente en el derecho administrativo y, eventualmente va a ser examinada por el derecho penal, al infringirse por las personas naturales que desempeñan esta función pública un bien jurídico tutelado por ley.

II.- FUNCIÓN PÚBLICA Y FUNCIONARIO PÚBLICO

La función pública, al ser una institución del Estado; persona jurídica que no puede actuar por sí mismo, por lo que obra a través de personas naturales debidamente investidas, que exteriorizan la voluntad del Estado¹, así, cuando estas personas se desempeñan en alguna función del Estado, son funcionarios públicos.

El artículo 260 del Código Penal señala *“Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.”*

¹ Bielsa Rafael, la Función Pública, Editorial Roque Desalma, Buenos Aires Argentina 1960 p. 148 y ss.

Redacción introducida por el artículo 29 de la ley 15.078 del 18 de diciembre de 1962. Contiene una definición de empleado público para los efectos del título V, libro II y del párrafo IV del título III.

El ámbito de aplicación del artículo 260 es discutido. La doctrina minoritaria estima que abarca el concepto formal de funcionario público, “cuando lo determinante es el cumplimiento de determinadas formalidades de elección o de nombramiento”²

Se sostiene que se aplica sólo a los casos que indica la disposición citada, por lo que en los demás regiría el Estatuto Administrativo.

En otro sentido, se afirma que se aplicaría a todas las situaciones en que un empleado público es el sujeto activo de un tipo penal, ya que lo importante es la función pública³.

III.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS FUNCIONARIOS E INFRACCIÓN DEL DEBER

En el Título V del libro II se agrupan diversos delitos que atienden al sujeto activo y no directamente al bien jurídico protegido, por lo que definirlo presenta cierta dificultad.

La doctrina, en general, sostiene que es la recta administración de justicia, en sentido amplio, como actividad general del Estado, en que el sujeto activo infringe un deber de eficiencia, corrección y lealtad, que deben cumplir por su especial vínculo con la autoridad pública.

En particular, para LABATUT es “la buena y ordenada marcha de los servicios públicos”. Sin embargo, al analizar las figuras concretas, específicamente de malversación “su objetividad jurídica no es tanto la defensa del patrimonio del Estado como la infracción del deber de probidad

² SADÁ Aznar, Sebastián; “El concepto de funcionario público a efectos penales”, Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, 2004, página 9.

³ Oficio N° 142. Ministerio Público, Fiscalía Nacional. Instructivo general N° 10 sobre la investigación de los delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos. Santiago, 12 de octubre de 2000.

del funcionario en el manejo de los caudales o efectos que le están confiados en razón de su oficio”⁴.

Un importante sector de la doctrina de Alemania, Italia y España sostienen que los delitos contra la función pública serían delitos contra *el deber del cargo*⁵, lo que bien podría reflejarse en nuestro Código Penal, en que las principales figuras se agrupan en el Título V del libro II: “ *De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos*”. En Chile la doctrina no se ha ocupado de las discusiones que al respecto se dan en la esfera europea.

En especial, tratándose de los delitos de Malversación de caudales públicos, Fraude al Fisco, Negociaciones Incompatibles y Tráfico de influencias, hay un amplio sector doctrinario que afirma que el bien jurídico protegido por este grupo de figuras es el patrimonio estatal y también la actividad que ejercen los entes públicos.⁶

⁴ LABATUT, G. : Derecho Penal, t. II,7° ed. Actualizada por el profesor .Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile,2000,pp.72 y 78

⁵ QUERAL T JIMENEZ: “*Delitos contra la Administración Pública...*” *ob.cit.*,pp.417-419

⁶ Ferreiro Lapatza, Curso, cit. (n.47), p.18. En sentido análogo, Ayala Gómez, *El Delito*,cit.(n.73)p.26

CAPÍTULO 2
DE LOS DELITOS FUNCIONARIOS RELEVANTES Y SU EJECUCIÓN EN MATERIA
TRIBUTARIA

I.- MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

En el Párrafo V, Título V del Código Penal, bajo esta denominación, se encuentran cuatro hipótesis: el peculado, en los artículos 233 y 235, la distracción o uso indebido de caudales o efectos públicos en el artículo 235, la aplicación pública diferente en el art. 236 y la negativa a un pago o entrega en el art. 237. Figuras muy distintas, pero con criterios unificadores; el sujeto activo tiene la calidad de funcionario público, el objeto del delito y su carácter público y una relación especial entre el sujeto y el objeto.

Malversación deriva etimológicamente del latín *male* y *versare*, cuyo alcance es “invertir mal”, y relativo a los orígenes del término, que se encontraría en el delito de peculado (*peculatus*) romano, que en principio se refería a cualquier ataque a la propiedad pública (*aerarium*)⁷.

Su acepción es más restringida desde el punto de vista técnico, dar a los fondos públicos un destino también público pero diferente del que tenía asignado por la ley o por la autoridad competente.⁸

En esta materia nuestro país siguió al Código Penal Español, el que actualmente tiene una reglamentación totalmente distinta. En Chile, autores también postulan modificaciones a estas materias; eliminar la negativa a efectuar un pago o entrega y la aplicación pública diferente debido a que no sería necesario sancionarlos penalmente, ya que son más bien actos de desobediencia que parece más acertado dejar al ámbito administrativo.

A continuación veremos las distintas figuras de malversación.

⁷ CASTRO MORENO, La Malversación, cit.(n.13), p.36

⁸ SANHUEZA ROMERO ,JUANA, V Versión Seminario ,”Probidad y Transparencia para la Administración”, U. de Concepción, año 2012.

1.1.- Malversación Propia o Peculado

Consagrada en el art. 233 del Código Penal: “El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustraiga o consintiere que otro los sustraiga”.

Es la figura más grave dentro del párrafo V, pues sanciona una sustracción definitiva, lo que produce un menoscabo permanente al patrimonio fiscal. Hay también una mayor infracción al deber lealtad del funcionario en la conducta señalada, lo que lleva a que la pena asignada a esta figura sea notoriamente superior a las demás.

Sujeto activo:

Sólo puede ser un empleado o funcionario público, que en razón de sus funciones tenga a su cuidado caudales o efectos, es decir, la calidad de funcionario público no es suficiente para configurar el delito, sino que debe existir vinculación específica entre el funcionario y los caudales o efectos. Existe consenso en la doctrina debe tener esos efectos o caudales por razón de sus funciones y no sólo con ocasión de ellas o por mero accidente,⁹ ya que de ser así podría ser sancionado como autor de un delito contra la propiedad con la agravante del art.12 N°8, prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

La modalidad del delito consistente en consentir en la sustracción permite considerar al funcionario como autor mediato con agente doloso, castigándole con la pena de autor si el funcionario público utiliza a otro que no lo es en la sustracción de los bienes a su cargo, porque consiente en ella.

Conducta típica:

Puede consistir en *sustraer* o en *consentir que otro sustraiga*.

“Sustraer” se refiere a una acción material de apoderamiento, que saca la cosa de la esfera de custodia de su titular. En este caso es el que custodia, por lo que no requiere extraerlos o trasladarlos desde el resguardo de otra persona.

⁹ En este sentido: Bullemore-Mackinnon, Etcheberry, Politoff-Matus-Ramírez, entre otros autores.

Esta sustracción también puede configurarse al quedarse con los caudales o efectos antes de que estos ingresen materialmente en arcas del fisco, lo que no lo priva del carácter de públicos. Aquí la conducta sería no hacer el ingreso de los fondos percibidos.

Suele ocurrir en esta conducta que el funcionario realiza maniobras para lograr traspasar esos fondos a su ámbito de responsabilidad personal o para ocultar su existencia. Ciertamente lo relevante en su conducta es que no sean reintegrados

La segunda hipótesis, “consentir en que otro substraiga” se refiere a que el funcionario público no evita la sustracción por un tercero de los caudales o efectos. No es necesario que exista concierto previo con el tercero que sustrae fondos, pero la conducta debe ser dolosa.

Aspecto subjetivo:

El delito exige dolo directo, el sujeto debe conocer el tipo objetivo y querer su realización.

La figura es objetiva y no exige ánimo de lucro, supone la acción material de apoderamiento.

Si la sustracción es efectuada por el propio funcionario, el error sobre su calidad de empleado público, el carácter público de los bienes y su vinculación específica con el cargo que detenta puede configurar un error de tipo que conducirá a la exclusión de la sanción bajo la figura de malversación, pues no se contempla una figura culposa dentro del art.233.

Objeto material:

El objeto sobre el que recae la conducta está integrado por caudales o efectos públicos o de particulares y además estos objetos deben estar vinculados al funcionario por una especial relación de custodia.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, por caudales debemos entender “hacienda, bienes de cualquier especie, y más comúnmente dinero”; y efectos se refiere a “cualquier documento o valor mercantil, sea nominativo, endosable o al portador”

En algunos casos la jurisprudencia los ha considerado sinónimos y referidos exclusivamente al dinero y documentos representativos de él. La doctrina en cambio, le otorga una comprensión

amplia de bienes o valores susceptibles de estimación pecuniaria y que conlleven un valor negociable. Se excluyen los bienes inmuebles.

Debe tratarse de caudales o efectos públicos, es decir que pertenecen al Estado o Fisco, municipalidades y los pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia.

Tratándose de bienes de propiedad de particulares, sus fondos deben estar legalmente bajo la custodia del malversador, ya que si la custodia es voluntaria su sustracción no podrá ser sancionada bajo la figura de malversación. Las expresiones “en depósito, consignación o secuestro” no deben entenderse en el alcance técnico que les da la ley civil, sino de modo genérico, derivadas de un deber especial de custodia o resguardo del funcionario público en el cumplimiento de sus obligaciones funcionarias.

1.2.- Malversación Culposa

Esta figura está consagrada en el art. 234 de nuestro Código Penal. De todos los delitos que se contemplan en el capítulo, este tipo es el único que admite comisión culposa punible. En esta figura no se dan los elementos del art.233 de sustracción o consentimiento en que otro sustraiga.

En su aspecto subjetivo se sanciona más bien la falta al deber del funcionario de resguardar los caudales o efectos referidos, su conducta negligente o abandono. Aquí se obra con culpa y no con dolo. La jurisprudencia ha limitado sus alcances a los casos de culpa grave, por la exigencia de ser inexcusable.

Se postula por la doctrina la derogación de este tipo, el cual debería ser sancionado por el derecho administrativo¹⁰

El sujeto activo es el mismo del art.233.

La conducta típica está en relación de causalidad con la sustracción que un tercero efectúa de los caudales o efectos a cargo de un funcionario, en que el tercero se aprovecha de la conducta de negligencia inexcusable del funcionario para sustraer dichos caudales.

¹⁰ RODRIGUEZ/OSSANDÓN, Ob.cit., p.385.

1.3.- Malversación por Distracción

Se contempla en el art. 235: "El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo".

Si no se verifica el reintegro tiene idéntica pena que el art. 233. Si no existe daño o entorpecimiento del servicio público la pena será inferior, siempre subsistiendo la obligación de reintegro.

La doctrina lo denomina "desfalco", cuando se refiere a dinero.

Se diferencia del art.233 en su aspecto subjetivo. El art. 233 habla de una sustracción que implica apropiación, el art.235 contempla la intención de reintegrar o de usar sólo temporalmente los fondos, ya que hace referencia a una "aplicación".

Dada su redacción se presentan problemas teóricos y prácticos, en efecto, si el sujeto activo sustrae caudales o efectos públicos con ánimo de apropiárselos y con posterioridad y oportunamente los reintegra.

Hay quienes consideran que deberá ser sancionado conforme al art.233 y el reintegro podría operar como atenuante.

Otros en cambio estiman que debería ser sancionado por el art. 235, ya que si la propia ley contempla que en caso de no existir reintegro se aplique el art. 233, sanción más gravosa, más aún se debe permitir lo que se apliquen las penas del art. 235 en caso de existir reintegro.

Si se consideran los factores determinantes de la penalidad es posible distinguir cuatro situaciones:

- 1) Si hay reintegro y se produce daño o entorpecimiento del servicio público, se aplica el art.235 inc 1;
- 2) Si hay reintegro y no se produce daño o entorpecimiento, se aplica el art.235 inc. 3;
- 3) Si no hay reintegro y haya o no daño o entorpecimiento del servicio público ,se aplica el art.233; y

- 4) Si hay reintegro parcial, se aplica el art.233 y puede tener lugar la atenuante del art. 11 n° 7 del Código Penal.

Sujeto activo:

Un funcionario público en los términos del art. 260 del CP.

Conducta típica:

Aplicar a usos propios o ajenos los caudales que tiene a su cargo, con miras a reintegrarlos con posterioridad.

El verbo rector es aplicar, que refiere a sustraer y luego reintegrar, por lo que no hay una conducta de ingresar los caudales o efectos definitivamente al patrimonio, es decir, la sustracción es transitoria y el reintegro está implícito en la expresión aplicar. Se sanciona la distracción de los fondos, que se destinan a un fin diferente al que corresponde.

No se contempla la comisión omisiva de que un tercero aplique los bienes a otros fines, pues de ser así se subsume en el art. 233.¹¹

Aspecto subjetivo:

La figura exige dolo directo.

La jurisprudencia ha estimado que no puede cambiarse a título de imputación más atenuado por el hecho de producirse el reintegro, éste sólo podrá configurar una atenuante.¹²

No se configuran la tentativa o frustración, porque en caso de sustracción y reintegro posterior se presentan los elementos típicos de esta figura.

Objeto material:

Son los caudales o efectos públicos puestos a cargo de un funcionario público.

Momento en que debe efectuarse en reintegro para encuadrarse en el tipo del art. 235:

¹¹ RODRIGUEZ/OSSANDÓN, Ob.cit,p.389

¹² SCS. 07.05.1980.

Su importancia radica en que puede significar exención de responsabilidad penal, la aplicación del art.235 o la aplicación sólo de una atenuante respecto del art. 233. Sin embargo ni la doctrina ni en la jurisprudencia existe consenso respecto del momento hasta el cual puede hacerse la devolución o reintegro sin cometer este delito.

Lo que está claro es que para aplicar el art.235 el reintegro debe ser completo, de lo contrario servirá sólo como atenuante.

Se postulan distintos momentos en que debe producirse el reintegro, a saber:

-el reintegro debe producirse antes de que se descubra la sustracción por la autoridad competente.

-hasta antes que se inicie la acción judicial contra el sujeto activo.

-el reintegro puede efectuarse hasta el momento que permita acreditarlo en el proceso y ser tomado en consideración al dictarse sentencia definitiva.

1.4.- Malversación por aplicación pública diferente

Contemplada en el art.236 del C.Penal : “ El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados...”

Se le conoce como “desviación de fondos públicos”. Este delito no tiene significación patrimonial para el Estado e incluso podría llegar a ser beneficiosa la conducta, ya en lo administrativo o en lo económico, lo que no obsta a que se configure el delito.¹³ Por lo anterior se postula su derogación, dejándole su sanción al derecho administrativo.

La conducta típica consiste en dar a los caudales públicos administrados por el funcionario una aplicación pública distinta a la que estaba destinada.

¹³ ETCHEBERRY, Ob.cit.,p.244

Los fondos deben invertirse efectivamente, no basta sólo ordenar su inversión.

El destino de los fondos públicos estará en la ley de presupuesto de la Nación, pero también puede ser precisado en reglamentos, decretos u órdenes de superiores dadas dentro de sus atribuciones legales.

El sujeto activo debe ser un funcionario público que cuente con competencias para realizar pagos o inversiones. Debe actuar con dolo en su conducta..

1.5.- Negativa a un pago o entrega

El art.237 contempla una figura que no tiene significación patrimonial definida y tipifica delitos de mera desobediencia por parte de funcionarios públicos, de órdenes de autoridad o de incumplimiento de ciertas obligaciones administrativas, por lo que se postula su derogación y que sea abordado por el derecho administrativo.

Contempla dos hipótesis:

El inciso primero sanciona a “El empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante”

El inciso segundo: “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”.

La negativa a efectuar un pago debe recaer sobre fondos del Estado; en cambio el rehusar hacer entrega de una cosa puesta bajo la custodia o administración del funcionario puede referirse a objetos del Estado o de particulares que estén legalmente bajo la custodia del autor.

Lo que sanciona la conducta típica es una simple omisión, no realizar el pago o no hacer una entrega cuando debía.

En su aspecto subjetivo requiere dolo, en relación sólo a la negativa de pagar o entregar.

Puede fácilmente enervarse la aplicación de la pena mediante el expediente de error de prohibición.

Aplicación en materia tributaria

Entre los años 1995 y julio de 1998, dos funcionarios públicos que tenían a su cargo caudales o efectos públicos y que desempeñaban en los cargos de Director de FAMAE y Gerente Comercial de FAMAE, correspondiéndoles, en tal virtud, un rol fundamental en las negociaciones de la adquisición de los 200 Tanques Leopard I-V, sustrajeron la suma de US\$ 298.120,94 y US\$ 298.090,94, respectivamente, provenientes del precio solucionado por Chile por la compra del referido material bélico, traspasando dichos fondos públicos al ámbito de su disponibilidad e interés personal, conducta que se encuentra sancionada por los artículos 233 N° 3° y 238 inciso segundo del Código Penal,

II.- FRAUDE AL FISCO

El artículo 239 del Código Penal sanciona al empleado público “que en las operaciones en que interviniere en 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”.

Resulta evidente su alcance patrimonial, pues exige que se origine un perjuicio, por lo que se reafirma que el bien jurídico protegido lo constituye, además del correcto desempeño de la función pública, el patrimonio público, presupuesto indispensable para que las funciones estatales sean desempeñadas correctamente. Estos intereses penalmente tutelados resultarían lesionados desde dentro de la Administración, una vez que el funcionario no cumple con su deber de velar por los intereses patrimoniales del Fisco, así, se configura una forma especial de estafa, en que el sujeto activo será un empleado público y el pasivo, el Fisco, a través de sus distintas instituciones.

Sujeto activo

Es un empleado público que debe intervenir en razón de su cargo (es decir que tiene competencia) en una operación. No es exigencia que sea parte del órgano defraudado, ni que haya

tenido bajo su custodia los fondos, sólo basta que intervenga representando al Estado en operaciones pecuniarias con terceros.

Al respecto, Rodríguez y Ossandón dan a “operaciones” el alcance de cualquier clase de negocio, contrato o actividad económica entre el Estado y un particular.¹⁴

Conducta típica

La acción es *defraudar o consentir en que se defraude*.

“Defraudar” refiere a una actuación directa del funcionario, y “consentir en que se defraude”¹⁵ manifiesta la conducta de un tercero que defrauda por consentimiento del funcionario.

El delito de Fraude al Fisco al ser una forma de estafa requiere alguna clase de engaño por la cual se causa un perjuicio, incluso la jurisprudencia ha interpretado que puede ser un engaño, abuso de confianza o mala fe del funcionario, no exigiendo un especial ardid de éste.¹⁶

Nos encontramos frente a un delito de resultado : que se produzca perjuicio al Fisco, ya sea una pérdida directa o bien la privación de un lucro legítimo (daño emergente o lucro cesante). El enriquecimiento efectivo del defraudador no es expresamente exigido en el tipo, así el funcionario podría no haber recibido beneficio pecuniario ni actuar motivado por fines económicos, pero si se ha producido el perjuicio, habrá consumado el delito. Al ser exigido el resultado hace posible tanto la tentativa como la frustración del delito.

Aspecto subjetivo

El Fraude al Fisco exige dolo directo tanto en su hipótesis de defraudar como en el de consentir en que se defraude. No se admite su forma culposa pues ésta es incompatible con el engaño.

¹⁴ RODRIGUEZ ,Luis; OSSANDÓN,María, *Delitos contra la Función Pública* Op. Cit. P420

¹⁵ El Servicio de Impuestos Internos, en Circular N° 26, de 3 de junio de 2004, ha dicho que: "al usar el legislador la expresión "con la finalidad de defraudar al Fisco", está aludiendo a un elemento subjetivo que indica que el sujeto activo del delito actúa con un ánimo preconcebido de lesionar patrimonialmente al Fisco. En tal sentido, para entender configurada la infracción se requiere demostrar que el sujeto activo ejecutó actos que incidieron directamente en un perjuicio del interés fiscal o, por lo menos, que los actos ejecutados estaban destinados a ello, aun cuando la acción no haya arribado a ese resultado. El perjuicio al interés fiscal, en todo caso, debe relacionarse con una lesión a la tributación fiscal interna y cuya fiscalización sea, de acuerdo con la ley, de competencia de este Servicio de Impuestos Internos".

¹⁶ Cfr. ETCHEBERRY: *Derecho Penal en la Jurisprudencia*,ob.cit.,IV,p.532

Ejecución en materia tributaria

En el llamado “caso Penta” intervino el funcionario del Servicio de Impuestos Internos Iván Álvarez Díaz, quien siendo ingeniero comercial y conociendo el funcionamiento del sistema informático del SII elaboró una fórmula para burlarlo y generar devoluciones indebidas de impuestos a los contribuyentes a cambio de un porcentaje de la respectiva devolución, generando perjuicios al patrimonio fiscal por un monto superior a dos mil millones de pesos.

Se estaría eventualmente contraviniendo también lo dispuesto en el art 97 n° 22 del Código Tributario que dispone :El que maliciosamente utilizare los cuños verdaderos u otros medios tecnológicos de autorización del Servicio para defraudar al Fisco, será sancionado con pena de presidio menor en su grado medio a máximo y una multa de hasta seis unidades tributarias anuales.

A su vez el art. 101 del Código Tributario en sus numerales 2, 3 y 4:

2°.- Permitir o facilitar a un contribuyente el incumplimiento de las leyes tributarias.

3°.- Ofrecer su intervención en cualquier sentido para reducir la carga tributaria de un contribuyente o para liberarle, disminuirle o evitar que se le aplique una sanción.

4°.- Obstaculizar injustificadamente la tramitación o resolución de un asunto o cometer abusos comprobados en el ejercicio de su cargo.

III.- NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES

Se contempla en el artículo 240 del Código Penal, aunque no bajo este nombre, sancionando a el empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo. Esta disposición es también aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren, y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarios .Posteriormente se dispone otra forma de este delito al sancionarse a todas las personas ya señaladas si en el negocio u

operación confiados a su cargo dieran interés a su cónyuge o a alguno de sus otros parientes más cercanos que la misma disposición enumera.

Es decir, en una misma operación el funcionario público representa a la vez su propio interés y el interés público. Se lesiona el bien jurídico protegido si contraponen el interés individual al interés fiscal, vulnerando a su vez la objetividad, honestidad e imparcialidad exigidos para el correcto desempeño de la función pública y el resguardo del patrimonio estatal.

La opinión dominante lo identifica como delito de peligro abstracto, que se consuma con la ejecución de las conductas del art.240 del Código Penal, sin que sea necesario que se origine un perjuicio para el patrimonio del Estado, ni que se acredite su puesta en riesgo, pues se entiende ínsito en la realización de los comportamientos prohibidos.¹⁷ El peligro de su conducta se encuentra en el mal uso que el autor puede hacer de su cargo o función pública.

Algunos autores estiman que este tipo tiene legitimidad cuestionable, pues en el fondo trata de castigar penalmente una mera sospecha de malversación o fraude, no siendo necesarias las sanciones penales de existir otros medios de control (entiéndase administrativos)¹⁸

Sujeto activo

En principio es un empleado público que debe intervenir por imperativo jurídico en la negociación respectiva. Ahora bien, el inciso segundo lo extiende a otras personas que no son funcionarios públicos necesariamente, pero tienen la posibilidad de abusar de sus cargos en interés personal. Velan por intereses ajenos que no deben confundirse con los propios.¹⁹

Conducta típica

Interesarse, ya sea en la forma de “tomar interés” o en la de “dar interés”.

Así, contempla dos hipótesis:

¹⁷ Cfr. POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, Ob.cit. p.499; CURY, E: “Contribución político criminal al estudio de los delitos funcionarios” en Revista Chilena de Derecho, vol.13,1986,p.300.

¹⁸ CURY, E. : “Contribución político criminal al estudio de los delitos funcionarios” en Revista Chilena de Derecho, vol.13,1986,p.300- 301..

¹⁹ ETCHEBERRY,A.: “Derecho Penal”, Ob.Cit.,IV,p.250.

En la primera el empleado toma parte en la negociación de que se trate de modo tal que de ella pueda derivar un beneficio pecuniario, interés siempre personal, actuando por sí mismo o por interpuesta persona. Es frecuente que prefiera actuar indirectamente, en cuyo caso el tercero será coautor del delito (art.15 n° 3 Código Penal) y el funcionario, previo concierto, le facilitará los medios para su ejecución. De no mediar concierto éste tercero podría ser sancionado como cómplice.

En la segunda, el sujeto activo es el mismo, pero su interés no es personal sino que para su cónyuge o las demás personas que la ley señala. En este caso, si el tercero que es favorecido no coopera en la conducta, limitándose a recibir interés queda impune de esta figura.

Estamos frente a un delito formal, por lo que no es exigido que efectivamente se haya llegado a obtener un beneficio o se produzca perjuicio para el Estado.

El delito estará consumado cuando se concrete la negociación.

Su objeto material se refiere a cualquier contrato u operación, en que la jurisprudencia ha entendido que se trata de actos que son capaces de producir compromisos o fuente de obligaciones, ambas deben restringirse a actividades con contenido económico, de las cuales pueda surgir cualquier beneficio pecuniario para el funcionario público o los demás sujetos que señala la norma.

Aspecto subjetivo

Este delito exige dolo directo. La norma no requiere expresamente que se actúe por motivación pecuniaria, por lo que bien podría tener una motivación diversa.

Error de prohibición invencible en el delito de Negociaciones incompatibles.

La jurisprudencia imperante le otorga pleno reconocimiento al error de prohibición como exculpante, debido a que éste delito y sus diversas actuaciones presenta dificultades en su comprensión, sentido y alcance incluso para juristas, con mayor razón para funcionarios públicos que están lejos del conocimiento jurídico. Así, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema lo ha aceptado, si el autor no tiene conciencia de la ilicitud de su actuar, a modo de ejemplo un

funcionario no calificado que ejerce un cargo de elección popular y adquiere bienes para la Municipalidad en el único establecimiento comercial del lugar, de su propiedad o de la de un sujeto mencionado en esta disposición.²⁰

Ejecución en materia tributaria

En la causa denominada mediáticamente como "caso EFE; Empresa de Ferrocarriles del Estado" Causa N° 496/2011 (). Resolución N° 97657, de Sala Segunda (penal) de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 4 de diciembre de 2012 conoció respecto del delito de negociaciones incompatibles lo siguiente:

- según lo dispone el artículo 1-o de su ley orgánica, EFE es una empresa autónoma del Estado. Por lo tanto, las personas que prestan servicios en EFE revisten la calidad de "empleados públicos", en los términos que refiere el artículo 260 del Código Penal ;

- las "operaciones" o "contratos", corresponden en este caso a los servicios relacionados con las 19 boletas de honorarios que aparecen emitidas por la empresa "Servicios Tributarios Integrales Ltda." , por Luis Briceño Guzmán (LBG) y por Ximena Espinoza Muñoz .

- todos esos "contratos" u "operaciones" estaban asociados a la Gerencia de Administración de EFE, cuyo titular era el encargado de gestionar la contratación de asesores externos para su área, de aprobar los pagos relacionados con esos servicios o de obtener la aprobación correspondiente, en su caso. En suma, el funcionario respectivo estaba llamado a intervenir en esas operaciones "por razón de su cargo"; y

- concurre el "interés". Sobre este elemento es preciso efectuar algunas consideraciones: a) debe tratarse de un interés de carácter económico o pecuniario, lo que se deduce de la ubicación del tipo penal ("Fraudes y exacciones ilegales") y de la circunstancia que la multa asignada se fija en forma proporcional al valor del interés tomado en el negocio; y b) que, a fin de cuentas, lo

²⁰ Ejemplo SCS de 23.03.1999, Rol 2133-98, en RFM N° 484,1999.

castigado es el hecho que el funcionario privilegie o haga prevalecer su propio interés, por sobre el interés del servicio, lesionando los principios de imparcialidad y objetividad que han de gobernar sus actos.

Ese interés personal es directo y manifiesto en este caso. En efecto, los hechos dan cuenta que, en la medida que las operaciones eran adjudicadas al contratista particular, el funcionario público recibía la asignación de servicios de parte de ese contratista. Por lo tanto, es evidente que las actuaciones del funcionario estaban teñidas de subjetividad y que "tomó interés" en los negocios;

- sobre la forma específica de la actuación interesada, cabe recordar que el tipo penal es amplio ("se interesare directa o indirectamente"). En la especie, la modalidad fue directa, aunque encubierta. No se trató de una suerte de auto contratación, como cuando se actúa por interpósita persona. Los contratos fueron asignados efectivamente al particular, pero en definitiva - ello reportaba beneficios al funcionario. En los hechos, era como si el funcionario contratara para sí mismo, aunque mediando una especie de triangulación.

En ésta causa se formuló acusación por un total de quince delitos de negociación incompatible, incluyéndose en ellos la operación (una sola) implícita en las boletas de honorarios que dan cuenta de una operación fraudulenta o comportan la comisión del ilícito de fraude al Fisco de Chile, produciéndose una relación concursal entre ese fraude y la negociación incompatible correspondiente, aseverándose por los sentenciadores que existe consenso en la doctrina que, en tal caso, se está en presencia de un concurso aparente de leyes penales, donde debe prevalecer la figura penal de resultado, llegándose a sostener que el tipo penal de negociación incompatible constituye un adelantamiento de la fase consumativa del fraude. Por ende, concluyen los recurridos que el fraude desplaza a la negociación incompatible y como derivación de lo anterior, se llega a la convicción por el tribunal que debe librarse sentencia absolutoria por el delito de negociación incompatible, relacionado con dos boletas de honorarios.

Como vemos las figuras penales de la responsabilidad funcionaria están estrechamente vinculadas, todo ello a consecuencia del bien jurídico que protegen estos delitos, el patrimonio fiscal, el cual puede verse vulnerado por el funcionario que incurre en los elementos del tipo analizados, en el caso, el empleado toma parte en la negociación de que se trate de modo tal que de ella pueda derivar un beneficio pecuniario, tiene un interés personal al intervenir en la negociación.

IV.- TRÁFICO DE INFLUENCIAS

No existe consenso en la doctrina respecto de la definición de tráfico de influencias, en términos generales podemos decir que es “aquella figura delictiva en virtud de la cual un funcionario público o un particular intervienen en el proceso mental que motiva a un funcionario a adoptar una decisión de carácter público, en procura de obtener un beneficio de carácter económico para sí o para un tercero”²¹

El artículo 240 bis contempla la figura de negociaciones incompatibles mediante el tráfico de influencias, el cual dispone:

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

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

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

²¹ VERA, Jaime; “El delito de tráfico de influencias en la legislación chilena” Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, 2002, p.17.

En la primera hipótesis el empleado público ejerce influencia sobre otro empleado público en su propio interés, en el segundo caso lo hace para dar interés a otras personas que se ligan a él por vínculos especiales.

Esta disposición se incorporó por la Ley 19.645 de 11 de diciembre de 1999, en cumplimiento de lo dispuesto en la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Aquí lo cautelado es el procedimiento por el cual se llega a una decisión, y no su contenido mismo.

En ésta figura basta que el actor persiga subjetivamente su objetivo y se entiende consumado el delito.

Sujeto activo

Es un funcionario público, no se exige que tenga competencia o superioridad sobre el funcionario que es objeto de sus influencias. Tampoco que se haya prevalido de su cargo para ejercer la influencia.

Conducta típica

Ejercer influencia. Significa tener incidencia de alguna forma en el proceso motivador del otro empleado público, conduciéndolo a una resolución favorable a sus intereses propios o de las otras personas con quienes está vinculado.

No se requiere resultado ni que se logre obtener la resolución o el beneficio que se pretendía obtener al interesarse en el contrato u operación. El funcionario va a ser sancionado de igual modo aunque se verifique el beneficio o no, pues no se contempla una figura agravada.

Tiene una directa relación con el delito de negociaciones incompatibles, por lo que su pena se remite a lo dispuesto en el artículo 240 del Código Penal. La única diferencia de penas será que el juez puede imponer una pena más grave: la de inhabilitación perpetua para cargos u oficios públicos.

El objeto material del delito puede ser analizado desde dos ángulos; la persona en quien recae es otro funcionario público que debe intervenir y adoptará una decisión que le interesa a otro

funcionario público. Tratándose de la cosa en que recae; contratos u operaciones, entendidas en sentido amplio a operaciones con contenido económico.

Aspecto subjetivo

Requiere una finalidad específica; obtener una decisión favorable a sus intereses, elemento subjetivo independiente del dolo directo que también debe estar presente en el tipo.

Ejecución en materia tributaria

El ex director del Servicio de Impuestos Internos (SII), Julio Pereira, en su calidad de funcionario público fue cuestionado por el contrato de arrendamiento de terrenos que su familia mantiene con Cencosud, empresa beneficiada por la condonación de la deuda de la multitienda Johnson's. y fue querrellado por el delito de tráfico de influencias por la condonación de multas e intereses a la referida multitienda.

En un dictamen de la Contraloría General de la República se afirma que, antes de asumir el cargo de director nacional del SII, Pereira era socio y abogado del departamento de asesoría legal y tributaria de Price Waterhouse Coopers, entidad que asesoró a Johnson's en materias y juicios tributarios. En materia tributaria podría generarse una contravención a lo dispuesto en el art.101 del Código Tributario en sus numerales:

1°.- Atender profesionalmente a los contribuyentes en cuanto diga relación con la aplicación de las leyes tributarias, excepto la atención profesional que puedan prestar a sociedades de beneficencia, instituciones privadas de carácter benéfico y, en general, fundaciones o corporaciones que no persigan fines de lucro.

2°.- Permitir o facilitar a un contribuyente el incumplimiento de las leyes tributarias.

3°.- Ofrecer su intervención en cualquier sentido para reducir la carga tributaria de un contribuyente o para liberarle, disminuirle o evitar que se le aplique una sanción.

4°.- Obstaculizar injustificadamente la tramitación o resolución de un asunto o cometer abusos comprobados en el ejercicio de su cargo.

El caso en cuestión no tiene sentencia condenatoria, ni la doctrina le ha dedicado especial atención, pero nos parece ejemplificador y de común ocurrencia en casos similares que funcionarios públicos vean enfrentados sus intereses propios en materias que se vinculan con los cargos que detentan, en que eventualmente podría vulnerarse el patrimonio fiscal, produciéndose perjuicios económicos al Estado.

V.- EL PROYECTO DE LEY DE NUEVO CODIGO PENAL EN CHILE:

En el mensaje N° 435-361 de S.E. Presidente de la República con que se inicia éste nuevo proyecto, de fecha 10 de marzo de 2014 señala como motivaciones que” *la necesidad de modernizar la normativa penal actualmente vigente en nuestro país tiene su origen en causas de la más variada índole.*

La primera de ellas es el paso del tiempo y el consecuente cambio de la realidad social. La evolución de las formas de las relaciones sociales, la diferente valoración de los intereses o la generación de intereses nuevos, los cambios tecnológicos, las nuevas formas de producción, la proliferación de nuevos riesgos, las nuevas formas de relacionarse de los ciudadanos con el Estado, han hecho imprescindible una profunda revisión tanto de nuestro sistema de imputación penal como de nuestro catálogo de delitos”.

Los delitos objeto de este estudio se agrupan bajo el título VII; los delitos contra el patrimonio.

En este ámbito se introduce un claro cambio de eje. Se encuentra el delito de administración desleal, cuya incorporación soluciona los problemas de bien jurídico protegido detectado tanto por la jurisprudencia y doctrina existente.

Agrupar los delitos de la siguiente forma:

4. Administración desleal

Art. 336. Administración desleal. Será sancionado con prisión de 1 a 5 años el que, teniendo a su cargo la gestión de intereses patrimoniales de otro en virtud de ley, orden de la autoridad o convención le irrogare perjuicio:

1° realizando una disposición patrimonial con abuso de sus facultades, sea que la disposición tenga o no validez;

2° omitiendo gestiones indispensables para la conservación y la debida satisfacción de los intereses patrimoniales a su cargo.

Si se irrogare un perjuicio grave el tribunal estimará el hecho como una agravante muy calificada.

Si el perjuicio irrogado no excediere de 5 unidades de fomento la pena será de multa o reclusión.

Art. 337. Administración desleal en perjuicio del Estado. Si la administración desleal recayere sobre intereses patrimoniales del Estado, la pena será de prisión de 2 a 5 años.

Si la administración desleal irrogare un perjuicio grave al Estado o causare grave daño o entorpecimiento del servicio el tribunal estimará el hecho como agravante muy calificada.

Art. 338. Desviación de recursos fiscales. El que arbitrariamente y con daño o entorpecimiento del servicio u objeto en que debía emplearse diere a los recursos públicos que administre una aplicación pública diferente de aquélla a que estuvieran destinados será castigado con multa, reclusión o prisión de 1 a 3 años.

Si la desviación causare grave daño o entorpecimiento del servicio el tribunal estimará el hecho como una agravante muy calificada.

Art. 339. Administración desleal y desviación de recursos fiscales por funcionario público. Para efectos de lo dispuesto en los dos artículos precedentes, se entenderá que tienen a su cargo los intereses patrimoniales del Estado todos los funcionarios públicos que deban intervenir en razón de su cargo en la disposición sobre esos intereses.

En este caso el delito contemplado en el art. 236 del Penal se modifica, requiere que se produzca daño o entorpecimiento al servicio, no como actualmente que se configura aunque la conducta del funcionario sea beneficiosa para el servicio, además le incorpora una agravante en caso de ser grave el daño o entorpecimiento del servicio.

Art. 340. Negociación incompatible. Será sancionado con prisión de 1 a 3 años:

1° el funcionario público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que debiere intervenir por razón de su cargo;

2° el árbitro o el liquidador comercial que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de acto u operación que deba realizar en relación con los bienes e intereses patrimoniales cuya adjudicación, partición o administración estuviere a su cargo;

3° el veedor en procedimientos concursales que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de acto u operación que deba realizar en relación con los bienes o intereses patrimoniales por los que debiere velar;

4° el perito que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de acto u operación que deba realizar en relación con los bienes o cosas que debiere tasar;

5° el guardador o albacea que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de acto u operación que deba realizar en relación con el patrimonio de sus pupilos y testamentarías a su cargo;

6° el administrador del patrimonio de personas ausentes o impedidas de controlar los actos del administrador que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de acto u operación que deba realizar en relación con ese patrimonio;

7° el director o gerente de una sociedad anónima que se interesare directa o indirectamente en cualquier clase de negocio u operación de la sociedad sin haber dado cumplimiento a las exigencias que para ello estableciere la ley.

Se interesa indirectamente en el negocio u operación el que diere o dejare tomar interés a su cónyuge o conviviente, a algún ascendiente o descendiente por consanguinidad o afinidad, a parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, o a personas con las que se tuviere vínculo por adopción. También se toma interés indirecto cuando en el negocio u operación se diere o se dejare tomar interés a personas jurídicas de las que se fuere socio o accionista o en las que se ejerciere la administración en cualquiera forma, a terceros de los que se fuere socio o que lo fueren de las personas jurídicas indicadas precedentemente, del cónyuge o de los parientes indicados precedentemente, a personas jurídicas en las que dichos terceros, el cónyuge o esos parientes fueren socios o

accionistas o ejercieren su administración en cualquiera forma o a personas jurídicas relacionadas con las personas jurídicas precedentemente mencionadas, en los términos de la ley que regula el mercado de valores. Para estos efectos no se considerará relevante, tratándose de sociedades anónimas o por acciones, la existencia de un interés social que, individualmente o en conjunto con otras de las personas precedentemente mencionadas, no excediere del diez por ciento del capital o del capital con derecho a voto o que no permitiere nombrar a algún miembro de la administración

Lo dispuesto en el artículo 46 para la autorización legal será también aplicable al cumplimiento de las exigencias legales a que se refiere el número 7 del inciso primero. Para determinar si el director o gerente tuvo interés en el negocio u operación se estará a lo dispuesto por la ley comercial, incluyendo las disposiciones sobre operaciones con partes relacionadas, cuando la calificación como operación con parte relacionada dijere relación con el director o gerente.

Aquí se ve ampliada la posibilidad de sujetos activos, y también las personas a las que pudiera dar interés.

CONCLUSIÓN

Recientes procesos penales seguidos contra funcionarios públicos y su relación con materias tributarias (el caso “Penta” por señalar un ejemplo) han transformado este problema en importante objeto de preocupación de la comunidad nacional, abriendo “la cosa pública” a los ojos de la sociedad toda, fundamentalmente a través del periodismo, redes sociales en internet y centros universitarios. A pesar de esto, la doctrina no le ha dedicado un análisis exhaustivo a la comisión de las figuras penales que nos ocuparon en el ámbito tributario, por lo que surgió ésta investigación al respecto como objetivo general.

Nuestra legislación penal adopta un criterio funcional del concepto de funcionario público ya que lo más relevante y que determina que una persona sea considerada como tal, es precisamente que ejerza una función pública. En definitiva, se debe considerar funcionario público según el Artículo 260 del Código Penal, a todo el que desempeñe una función pública, sin importar la institución en que ejerza, la jerarquía del órgano o la forma en que se haya asumido el cargo.

Los delitos analizados tienen una particularidad en cuanto al bien jurídico protegido, pues por una parte se protege el correcto ejercicio de la función pública que se ve afectada por la falta de probidad del funcionario público, y además se tutela el patrimonio del Estado. Por lo anterior se trata de delitos pluriofensivos, donde se protege tanto la probidad administrativa como el patrimonio estatal, pues el patrimonio público constituye en sí mismo un bien jurídico merecedor de protección jurídico penal, bien que es afectado tanto por los delitos de funcionarios públicos y así mismo en cuanto tienen incidencia o se ejecutan en materia tributaria, se verifica un atentado al patrimonio desde adentro, desde los miembros de los órganos estatales que están llamados precisamente a resguardarlo.

En el delito de malversación de caudales públicos se sanciona una sustracción definitiva, lo que produce un menoscabo permanente al patrimonio fiscal y en que el sujeto activo debe ser un funcionario público y además debe existir vinculación específica entre el funcionario y los caudales o efectos, pues los tiene a su cargo, en razón de sus funciones. La figura es objetiva y no exige ánimo de lucro. Se obra con dolo directo.

En su modalidad Culposa se limita su alcance a la culpa grave por ser inexcusable y se postula su derogación por ser de ámbito sancionatorio más bien del derecho administrativo ya que el tercero sustrae caudales públicos por la negligencia inexcusable del funcionario.

La malversación por distracción se diferencia del peculado ya que éste último habla de una sustracción que implica apropiación, en cambio el art.235 contempla la intención de reintegrar o de usar sólo temporalmente los fondos, ya que hace referencia a una “aplicación”. Motivo por lo cual hay quienes sostienen que debiera sancionarse por el artículo 233 del Código Penal y de mediar el reintegro ser considerado atenuante.

En la malversación por aplicación pública diferente también se postula su derogación, dejando su sanción al ámbito administrativo, ya que se trataría de una desobediencia o incumplimiento de deberes del funcionario, lo mismo que ocurre con lo tipificado en el artículo 237 en la negativa a un pago o entrega.

Pudimos concluir además, que el delito de fraude al fisco puede ser cometido tanto por engaño como por abuso de confianza, y podría el incumplimiento de deberes ser considerado como un caso de abuso de confianza.

El sujeto activo en el delito de negociación incompatible es mucho más amplio que en los otros delitos funcionarios analizados, pues puede incurrir en el no sólo el funcionario público, sino también un perito, árbitro, liquidador comercial, guardador o un albacea tenedor de bienes y , en éstos casos al no ejercer una función pública, el bien jurídico tutelado no será el correcto funcionamiento de la Administración, por lo que si bien se trata de una conducta reprochable, si no existen funcionarios públicos involucrados no debería incluirse la conducta de estos sujetos en esta parte del Código Penal, referida a crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha aceptado que, si el autor no tiene conciencia de la ilicitud de su actuar se configura la exculpante de error de prohibición invencible en el delito de

Negociaciones incompatibles, por lo que bien podría alegarse desconocimiento de las normas para quedar sin sanción frente a estas conductas, motivo que torna aún más difícil encontrar condenas por este tipo de delito, quedando más bien como un ideal de probidad el que los funcionarios no realicen negociaciones incompatibles en sus cargos

El delito de tráfico de influencias se incorporó en cumplimiento de nuestra legislación interna a la Convención Interamericana contra la Corrupción, en que lo cautelado será el procedimiento por el cual se llega a una decisión, y no su contenido mismo. En ésta figura basta que el actor persiga subjetivamente su objetivo y se entiende consumado el delito. Ejercer influencia para conducir a una resolución favorable a sus intereses propios o de las otras personas con quienes está vinculado. Su pena se remite a la de negociaciones incompatibles, con la única diferencia de que el juez podrá imponer la de inhabilitación perpetua para cargos u oficios públicos.

Los delitos de malversación de caudales públicos, Fraude al Fisco, Tráfico de Influencias y Negociaciones incompatibles se presentan a diario, pues la persona que ejerce el cargo de funcionario tiene intereses personales en determinadas materias, que se confrontan con los intereses públicos que está llamado a tutelar en su cargo, por lo que su ejecución en materia tributaria es frecuente y basta que las conductas descritas en los tipos antes analizados se ejecuten vulnerando el patrimonio público, como es el caso de los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, que podrían cometerlos obteniendo devoluciones indebidas de impuestos para cobrar de ellos un porcentaje para sí mismo, o los funcionarios que aplican dineros estatales a fines públicos distintos que los que señala el ordenamiento jurídico, o bien los funcionarios del Servicio de Impuestos internos que son a la vez asesores legales y/o tributarios de empresas que tributan.

Bien podría interponerse querrela por delito funcionario y delito tributario a la luz de artículos como el 97 n° 22 que dispone y 23 del Código Tributario: El que maliciosamente utilizare los cuños verdaderos u otros medios tecnológicos de autorización del Servicio para defraudar al Fisco, será

sancionado con pena de presidio menor en su grado medio a máximo y una multa de hasta seis unidades tributarias anuales.

23º.- El que maliciosamente proporcionare datos o antecedentes falsos en la declaración inicial de actividades o en sus modificaciones o en las declaraciones exigidas con el objeto de obtener autorización de documentación tributaria, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo y con multa de hasta ocho unidades tributarias anuales.

También podría ser objeto de querrela en base al artículo 101 en los siguientes numerales que señala que serán sancionados con suspensión de su empleo hasta por dos meses, los funcionarios del Servicio que cometan alguna de las siguientes infracciones:

1º.- Atender profesionalmente a los contribuyentes en cuanto diga relación con la aplicación de las leyes tributarias, excepto la atención profesional que puedan prestar a sociedades de beneficencia, instituciones privadas de carácter benéfico y, en general, fundaciones o corporaciones que no persigan fines de lucro.

2º.- Permitir o facilitar a un contribuyente el incumplimiento de las leyes tributarias.

3º.- Ofrecer su intervención en cualquier sentido para reducir la carga tributaria de un contribuyente o para liberarle, disminuirle o evitar que se le aplique una sanción.

4º.- Obstaculizar injustificadamente la tramitación o resolución de un asunto o cometer abusos comprobados en el ejercicio de su cargo.

Como limitaciones o dificultades a la investigación encontramos:

Material y estudios doctrinarios del tema casi inexistentes;

Los casos que llegaron a tribunales son informados por los medios de comunicación confundiendo los tipos penales y sin dar mayores antecedentes de la causa, con un claro sesgo político partidista dejando de lado la objetividad de los hechos ocurridos;

Otra limitación práctica fue la posibilidad de revisar causas en la página web del poder judicial, pues constantemente está en mantención o colapsada por la cantidad de usuarios.

La información que proveen otros portales jurídicos se limitan a las sentencias de la Corte Suprema, por lo que no es posible acceder a las querellas propiamente tales y analizar sus fundamentos.

Se proyecta una concentración de normas en el Proyecto de Código Penal chileno, agrupando estos delitos bajo el numeral cuarto bajo el título “Administración desleal” en sus artículos 336 a 340 ,en que se pondrá énfasis en el perjuicio del Estado, más que en el sujeto activo que lo realiza como ocurre actualmente en estos delitos.

Todo esto llevará a ordenar y agrupar estas figuras de mejor manera y su consiguiente estudio profundizándose en las nuevas implicancias que la modificación traerá. Es de esperar que la Doctrina y Jurisprudencia se enriquezcan con el cambio legislativo que viene.

BIBLIOGRAFÍA

- Bielsa, Rafael, la Función Pública, Editorial Roque Desalma, Buenos Aires Argentina 1960.
- Bunster, A.: La malversación de caudales públicos. Estudios de doctrina y jurisprudencia, Santiago, Universidad de Chile, 1948.
- Cury, E.: “Contribución político criminal al estudio de los delitos funcionarios” en Revista Chilena de Derecho
- Cury Urzúa, E. /Matus Acuña, J.P.: De las personas responsables de los delitos. Artículos 14 al 17, en Politoff/Ortiz (Dir.) Texto y comentario del Código Penal chileno, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. vol.13, 1986.
- Decreto Ley n°1263 de 1975, de Administración financiera del Estado.
- Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal. Parte especial (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997) III y IV.
- Garrido Montt, M.: Derecho Penal. Parte especial, tomo IV, Segunda ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- Hernández Hernández, R.: Malversación, en revista La Ley, n°2, 1996
- Labatut, G.: Derecho Penal, t. II, 7° ed. Actualizada por el profesor .Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- Labatut Glenda, G.: Derecho Penal, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992 (séptima edición), 1996 (novena edición).
- Mayer Lux, L.: “El Patrimonio del Estado como objeto de protección penal”, Revista de Derecho PUCV, XXIX 2007, pp. 205 – 234.
- Oliver, G.: “Aproximación al delito de cohecho”, Revista de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, N°5, 2004.

Polittoff, S./Matus, J.P./Ramírez,C.: Lecciones del Derecho Penal chileno. Parte general, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Reyes, Javiera: Delitos Funcionarios que consisten en la falta de probidad, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2009.

Rodríguez Collao, L; Ossandon Widow, M.: “Delitos contra la función pública”. Editorial Jurídica de Chile, 2a Edición actualizada, 2008.

Sadá Aznar, Sebastián; “El concepto de funcionario público a efectos penales”, Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, 2004.

Sanhueza Romero, Juana, V Versión Seminario, “Probidad y Transparencia para la Administración”, U. de Concepción, año 2012.

Vera, Jaime; “El delito de tráfico de influencias en la legislación chilena” Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, 2002.

Videla Bustillos, L.: “Aproximación a la doctrina y jurisprudencia chilena sobre delitos funcionarios. Malversación de caudales públicos y Fraude al Fisco”, Revista de Derecho, Universidad de Chile, 2009.

Wagner, G.: Corrupción y modernización del Estado, Documento de trabajo n°174, diciembre, Santiago, Publicaciones Instituto de Economía, Universidad Católica de Chile, 1994.