

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

CARLOS VERNAZA LATUF
Universidad Nacional Andrés Bello

La Corte de Apelaciones de Arica rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado por el delito de negociación incompatible, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la misma ciudad.

La defensa del condenado interpuso el recurso de nulidad en contra de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal basado en la causal de la letra b) del artículo 373, en relación con la aplicación errónea de las normas de los artículos 93 numerales 6, 94, 95, 96, y 102, todos del Código Penal; y, en subsidio de la causal principal, invocó la contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación con la aplicación errónea de la norma del artículo 240 del Código Penal.

El recurrente señaló respecto de la segunda causal de nulidad planteada en carácter de subsidiaria, que en el pronunciamiento de la sentencia se había hecho una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al producirse infracción al artículo 240 del Código Penal, en relación al artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal, toda vez que los hechos acusados no constituían el delito del artículo 240 del Código Penal puesto que, de acuerdo con lo argumentado por el recurrente, por una parte, al momento de votar el acusado lo hizo en un órgano colegiado como lo es el CORE, con 13 miembros de los cuales 8 votaron a favor de la aprobación del presupuesto de la Agencia Regional de Desarrollo Productivo (ARPA) y 5 en contra, por lo que la sola aprobación del presupuesto no implicaba un negocio u operación que lo beneficiare, sobre todo considerando que en ese momento, solo podía tener certeza de trabajar en la ARDP hasta el 31 de diciembre, y el presupuesto aprobado era para el año 2013, el cual además implicaba la aprobación de diversas partidas, entre las cuales figuraba la de los sueldos de los funcionarios en general, no en particular.

La Corte de Apelaciones rechazó el recurso en relación con la errónea aplicación del artículo 240 del Código Penal, señalando que la norma señalada es plenamente aplicable, por lo que los jueces aplicaron a un caso determinado una disposición legal para la que el sentenciador consideró concurrentes determinados supuestos, *ergo*, no se denota el error de derecho a que se aludió. Agrega que los jueces del Tribunal Oral en lo Penal, dieron cuenta del análisis

pormenorizado del tipo penal imputado, entregando razones para dar un sentido amplio a dicho tipo penal, por los motivos que allí se señalan, denotándose, en su concepto, un interés directo del encausado, lo que hace concluir a los jueces la concurrencia de la norma transcrita.

Asimismo, señala el tribunal de alzada que los jueces efectuaron una interpretación pormenorizada del artículo 35 de la Ley N° 19.175, dejando claro los efectos que tiene dicha disposición, salvaguardándose las materias referidas a la responsabilidad penal y civil, desechando de esta forma la alegación de la defensa en torno a que su cliente y todos quienes tendrían el cargo que ostentaba aquel estarían exentos de responsabilidad penal por el hecho punible imputado, interpretación que en concepto de los jueces, se aleja de la realidad y de la lógica, por lo que al aplicar el artículo 240 ya citado, se limitaron, como se ha dicho, a aplicar una norma jurídica, a un hecho punible que el legislador ha considerado una figura reprochable desde el punto de vista penal, por lo que no se avizora el error de derecho denunciado lo que lleva necesariamente al rechazo de la causal de nulidad subsidiaria, careciendo de relevancia la cita que se hace de una sentencia de un ente que se dedica a analizar materias propias de la temática electoral.

El delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto, es un delito formal o de mera actividad, cuya consumación no requiere perjuicio alguno para el patrimonio del fisco. Al tratarse de un delito de peligro abstracto, no requiere acreditar que el patrimonio afectado, en este caso, el del Fisco, haya sufrido peligro alguno. El tipo penal ofrece dos variantes de comisión: interesarse, directa o indirectamente en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual el empleado público hubiere de intervenir debido a su cargo, o dar interés en el negocio u operación confiados a su cargo, a alguna persona. En la segunda variante puede darse la alternativa de dar interés a un tercero asociado al empleado público o al cónyuge o un individuo vinculado por parentesco.

El núcleo de la conducta típica se encontraría en que el sujeto activo se interese o de interés en las situaciones señaladas, en concreto estaría en la intervención que realiza el funcionario en el respectivo negocio, acto, contrato, operación o gestión¹. Si bien la intervención debe realizarse interesadamente en los términos señalados y este interés debe ser de naturaleza económica, no

¹ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “La negociación incompatible como delito de corrupción. Estructura Típica y criterios de imputación”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 23 (2015), p. 99.

es relevante que efectivamente se consiga el beneficio económico que estaría detrás de la intervención interesada.

Respecto del bien jurídico protegido, este sería la función administrativa, la que sería imposible desarrollar incumpliendo los principios de objetividad, imparcialidad y honestidad en las relaciones con los particulares².

Podríamos señalar además que la prohibición establecida en el art. 240 de intervenir interesadamente en el negocio u operación en que el funcionario debe intervenir en razón de su cargo, encuentra como fundamento proteger la apariencia de imparcialidad y honestidad que debe rodear la administración pública.³ En este contexto, se buscaría prevenir en forma general los daños que presumiblemente se producirían con una frecuencia alta si se adoptara el criterio contrario, lo que justifica que la figura esté constituida como de peligro abstracto.

El fallo en comento efectúa una interpretación amplia del objeto material sobre el que debe recaer la conducta sancionada en el artículo 240, considerando que sería suficiente para dar por cumplido el tipo objetivo de la conducta estar en presencia de “cualquier acuerdo de voluntades o cualquier trabajo o negocio que el empleado tenga intervención en el ejercicio de su cargo [...]”.

Respecto de las expresiones utilizadas en la descripción típica en relación a la conducta que busca prohibir la norma, “dar interés” y “tomar interés”, el tribunal estima que estas también deben ser interpretada en un sentido amplio, concluyendo que se da por acreditado un interés directo del encausado.

Por otra parte, respecto de la negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual el empleado público interviene; en el caso en particular analizado, estaría dada por la intervención del encausado en calidad de CORE suplente en una sesión del consejo regional en la que se discutió y aprobó el presupuesto para el año siguiente, aplicable para la que era su empleadora a esa fecha (ADRA), situación contractual respecto de la cual no existía certeza se repitiera para el año siguiente, pues el contrato de trabajo celebrado entre ambos expiraba el 31 de ese año.

La disposición vigente a la comisión de los hechos señalaba como objeto material “cualquier contrato u operación”, expresiones respecto de las cuales la doctrina se ha manifestado de acuerdo en interpretarlas ampliamente, en el sentido señalado por Garrido Montt en cuanto se refieren a cualquier acuerdo

² RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Delitos Contra la Función Pública*, tercera edición actualizada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2021), p. 493.

³ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal Parte Especial*, tomo IV, tercera edición. Santiago: Editorial Jurídica (1997), p. 248.

de voluntades o a cualquier trabajo o negocio donde el empleado tenga intervención en su calidad de funcionario, sin distinción de naturaleza, pues el precepto no lo limita⁴.

El fallo en comento es interesante en este sentido, pues la Corte de Apelaciones confirma la interpretación en forma amplia realizada por el Tribunal Oral, alejándose de interpretaciones más bien restrictivas realizadas por alguna jurisprudencia anterior.

En efecto, no es imposible restringir el objeto material del tipo penal en comento a determinados “actos capaces de producir compromisos o fuentes de obligaciones”⁵. Interpretación bajo la cual cabría una reflexión en relación a si la aprobación del presupuesto de los fondos que se destinarán por parte del CORE a la ADRA es un acto capaz de producir una obligación o compromiso, en el sentido de una interpretación restrictiva del objeto material. En este sentido, pareciera ser que un presupuesto aprobado es una declaración unilateral que difícilmente podría igualarse a la firma de un contrato entre dos partes del cual nacerían obligaciones.

Sin embargo, como ya se mencionó, la interpretación a la que adscribe el tribunal incorporaría cualquier contrato u operación, concluyendo el Tribunal que el actuar en concreto del imputado fue votar en calidad de consejero regional el presupuesto de su empleador (ADRA) lo que constituye a juicio del tribunal una manifestación unilateral por parte del encartado, lo que se puede englobar en actuación como “operación”.

A mayor abundamiento, el Tribunal Oral en lo Penal señala que *operación* significa “ejecución de algo”, lo que implica necesariamente el ejercicio de un acto unilateral, considerándose que los verbos típicos del ilícito son amplios y que votar implica “dar su voto o decir su dictamen en una reunión o cuerpo deliberante, o en una elección de personas”, significa una actuación unilateral de la cual se denotaba un claro interés en la aprobación de tal presupuesto.

Señala el Tribunal Oral respecto de la *intervención* del funcionario si bien no directamente, pero advirtiendo de alguna forma los riesgos de restricción de la figura en este sentido, que “resultaría inadmisibles, una interpretación que restringiera el alcance del tipo de negociación incompatible a la intervención del respectivo funcionario en la preparación o celebración de uno o más contratos”.

De esta forma, a través de una interpretación amplia del objeto de la acción y de la conducta, el tribunal comprende la actuación del acusado en el tipo

⁴ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte Especial*, tomo II, cuarta edición. Editorial Jurídica de Chile (2011), p. 458.

⁵ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 498.

penal de negociación incompatible, y se aleja de esta forma de interpretaciones anteriores más restrictivas en cuanto a la aplicación de la norma a conductas que parecerían a primera vista una intervención interesada, como arrendar oficinas a familiares con cargo al patrimonio del Estado, caso para el cual, al contrario del caso en comento, se realizó por parte del tribunal que conoció el asunto, una interpretación restringida del tipo penal, interpretando la intervención del agente en el sentido de tomar parte en el contrato, exigiendo ser parte del contrato por razón del cargo⁶.

El Tribunal Oral en lo Penal de Arica no solo se aleja de interpretaciones restrictivas, sino que declara de alguna forma inadmisibles este tipo de interpretaciones, declaración que si bien no expresamente, sí indirectamente la Corte de Apelaciones de Arica apoya en el fallo comentado, al señalar que los jueces del Tribunal Oral dan cuenta del análisis pormenorizado del tipo penal imputado, entregando razones para dar un sentido amplio a dicha norma legal.

Con la modificación introducida por la Ley N° 21.121 se incorporaron los conceptos de negociación, actuación y gestión a los actos mencionados, quedando la disposición, y por tanto el objeto material, configurado por cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual el funcionario hubiere de intervenir debido a su cargo, con lo cual la interpretación amplia del objeto de la acción parece aún más fundamentada.

Por otra parte, respecto de la conducta, podría plantearse que la acción de interesarse (la que el tribunal también estima debe interpretarse en un sentido amplio) que recaerá en alguno de los actos ampliamente interpretados, además debe ser específica en relación a una negociación en particular en la que, por supuesto, tome parte el funcionario. Lo anterior excluiría, por ejemplo, la firma de una medida general como un decreto⁷.

Asimismo, cabe la pregunta en relación a si la intervención interesada del funcionario debe ser de alguna clase o cumplir algún requisito en particular ¿debe el funcionario estar en una posición en la que su intervención sea determinante? Podría entenderse que el funcionario debe tener algún grado de intervención decisoria en la actuación, “siendo discutible si puede castigarse por este delito a quien solo ha debido emitir informes o solo ha correspondido alguna forma de participación menor en la negociación”⁸.

⁶ Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, 18.12.2015, RIT 76-2015. Sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas 16.02.2016, RIT 166-2015.

⁷ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte Especial*, tomo III. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores (2000) p. 319.

⁸ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 500.

Es pertinente entonces la reflexión sobre si en definitiva la aprobación del presupuesto con el voto favorable del encausado para todos los gastos del empleador (general) es la exteriorización requerida al modo de una intervención interesada típicamente relevante. En este punto puede ayudar a resolver la cuestión la referencia al bien jurídico protegido, que es la función administrativa cuyo correcto ejercicio no sería posible realizar sin imparcialidad, y precisamente el tomar interés se encontraría entrelazado con una situación en la que el agente está en una posición en la que no puede actuar imparcialmente, pues confluye un interés propio con el interés general al que debe propender en el ejercicio de su cargo.

Como elemento adicional al análisis del caso, podría agregarse el hecho que el acusado participó en la decisión de un órgano colegiado, no siendo, por tanto, una decisión individual. El caso paradigmático en relación a la intervención delictiva en órganos colegiados, es el de los directores de sociedades anónimas en decisiones del directorio, y al respecto, el caso más cercano al fallo en comento, es la de quien participa en una sesión de directorio y vota a favor de una decisión que puede tener consecuencias desde el punto vista penal. Sin embargo, en este tipo de situaciones no sería relevante si la decisión del órgano colegiado se alcanzó con más votos que los necesarios o que quien voto a favor lo haya efectuado cuando la mayoría ya estaba constituida⁹.

Para el caso en comento, incluso aceptando que la intervención del encausado en la votación no fue determinante, pues con su abstención, sin su voto o incluso con su voto en contra, probablemente se hubiera aprobado el presupuesto; el interés, que no puede ser de otra naturaleza que económico, resulta de una consecuencia probable para el que interviene (el interés en palabras del tribunal estaría dado por mantener su fuente laboral). Esto no merece mayores reparos, porque el beneficio económico, en caso de que se produzca, pues no es requisito su verificación, será consecuencia de la intervención interesada.

Lo que sí merece reflexión es si aquel negocio o contrato respecto del cual descansa el interés económico que acompaña la intervención debe existir al momento de la intervención, o también puede ser potencial. Y si puede ser potencial ¿qué tan alejado puede estar de la intervención interesada, en términos de ser consecuencia de esta?

En el caso en particular el empleado público se interesa en la votación a la que debe concurrir debido a su cargo, pues mediante ella se aprueba el presupuesto

⁹ CONTRERAS ENOS, Marcos, “Intervención delictiva y administración desleal societaria”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal* N° 39. Administración Desleal. Aproximación desde la Ley N° 21.121. Thomson Reuters (2019), p 74.

para su actual empleadora, aprobación sin la cual su empleadora no contaría con recursos para contratarlo el año siguiente. El funcionario toma parte en la actuación de la cual puede derivar un beneficio económico para él, consumándose el delito en el momento en que aprueba el presupuesto para la ADRP en su calidad de CORE, siendo al mismo tiempo empleado de la ADRP, confundiendo el interés personal con el público, vulnerándose la función administrativa como bien jurídico protegido, faltando en particular al principio de imparcialidad, pues de la aprobación del presupuesto depende su futura contratación.

Merece un comentario adicional la mención que efectúa el tribunal respecto de lo señalado por el Tribunal Electoral a cargo del conocimiento de la posible infracción a la norma establecida en el artículo 35 de la Ley N° 19.175, precisamente en torno a una eventual falta en la probidad administrativa, no del encausado, sino de una imputada en una situación similar. Sin duda la norma aludida es clara en salvaguardar las acciones penales y civiles correspondientes, y con ello, tal como lo interpreta el tribunal, no hay obstáculo en aplicar la norma administrativa y la norma penal respectiva a la conducta determinada.

Surge, sin embargo, la discusión general respecto de la inclusión de determinadas conductas como delitos que podrían estar mejor ubicadas entre las infracciones administrativas, dentro de los cuales podríamos mencionar hechos que si bien lesionan la probidad funcionaria, lo hacen de manera que difícilmente justifica su inclusión en el catálogo de delitos penales¹⁰.

De lo que se aprecia respecto de la referencia a la decisión del Tribunal Electoral, es que a juicio de este tribunal la conducta no alcanzaría el estándar de una infracción a la probidad en sede administrativa. Entonces surge la reflexión respecto de si hechos que ni siquiera lesionan la probidad funcionaria como bien jurídico protegido por el derecho administrativo sancionador (o al menos respecto de los cuales hay dudas sobre ello), pueden alcanzar la entidad necesaria para superar el estándar requerido por el principio de lesividad en materia penal.

Discusión respecto de la cual se puede esgrimir que uno de los argumentos para justificar la inclusión de este tipo de conductas en el Derecho Penal es precisamente la ineficacia de otras ramas del derecho para sancionarlas, lo que en el caso en comento parece ser que efectivamente se cumple, pues con el antecedente de la decisión del Tribunal Electoral, sin la intervención del Tribunal Oral en lo Penal, la conducta hubiera quedado probablemente impune, y el

¹⁰ CURY URZÚA, Enrique, “Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios: (descriminalización y administrativización)”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, N° 2 (mayo-ago. 1986), pp. 295-304.

riesgo de afectar la apariencia de imparcialidad y honestidad que deben rodear la administración pública en el sentido señalado anteriormente en relación con el bien jurídico protegido, estaría latente; dándole plena vigencia a la norma en cuanto a su aplicación al caso concreto en relación al peligro que el legislador pretende sancionar.

7. CORTE DE APELACIONES DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Negociación incompatible. Sentido amplio del tipo penal de negociación incompatible aplicado a Concejero Regional del CORE.

HECHOS

Defensa del sentenciado deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que lo condenó por el delito de negociación incompatible, consumado. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso de nulidad intentado.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Arica*

ROL: *518-2020, de 20 de enero de 2021*

PARTES: *Ministerio Público con Carlos Alejandro Muñoz*

MINISTROS: *Sr. Pablo Zavala Fernández y Abogado Integrante Sr. Mario Palma Sotomayor*

DOCTRINA

Corresponde el rechazo de este acápite de nulidad, toda vez que, tal como acertadamente lo refirieron los sentenciadores en el apartado segundo del ya mencionado motivo decimoquinto, en la especie, en concepto de los mismos, es plenamente aplicable el artículo 240 del Código Penal, por lo que han procedido a aplicar a un caso determinado, una disposición legal que el sentenciador ha considerado, concurrentes determinados supuestos, ergo, no se denota el error de derecho a que se aludió. En dicho acápite, los jueces dan cuenta del análisis pormenorizado del tipo penal imputado, entregando razones para dar un sentido amplio a dicho tipo penal, por los motivos que allí se señalan,

denotándose, en su concepto, un interés directo de la encausado, lo que hace concluir a los jueces la concurrencia de la norma transcrita. Asimismo, los jueces efectúan una interpretación pormenorizada del artículo 35 de la Ley N° 19.175, dejando claro los efectos que tiene dicha disposición, salvaguardándose las materias referidas a la responsabilidad penal y civil, desechando de esta forma la alegación de la defensa, en torno a que su cliente y todos quienes tendrían el cargo que ostentaba aquel –Consejero Regional CORE–, estarían exentos de responsabilidad penal, por el hecho punible imputado, interpretación que en concepto de los jueces, se aleja de la realidad y de la lógica, por lo que al aplicar el artículo 240 ya citado, se limitaron, como se ha dicho, a aplicar una norma jurídica, a un hecho punible que el legislador ha considerado una figura reprochable desde el punto de vista penal, por lo que no se avizora el error de derecho denunciado lo que lleva necesariamente al rechazo de la causal de nulidad subsidiaria, careciendo de relevancia la cita que se hace de una sentencia de un ente que se dedica a analizar materias propias de la temática electoral (considerando 4° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CI/JUR/11888/2021

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 373 letra b) del Código Procesal Penal; 240 del Código Penal; 35 de la Ley N° 19.175.