

Dos aspectos del delito de negociación incompatible

Rodrigo Medina Jara

Magister en Derecho
Universidad Autónoma de Barcelona
y Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesor de Derecho Penal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

En torno a un caso práctico ocurrido hace ya dos años –el llamado “Caso Conadi”–, se han planteado dos cuestiones relativas al sujeto activo del delito de negociación incompatible. La primera es si es punible el familiar o el tercero al que el funcionario público da interés, y la segunda es el caso en que el funcionario público utilice al familiar, porque el interés es realmente propio.

II. El sujeto activo en el delito de negociación incompatible

1. La lógica de los delitos especiales

No cabe duda que el sujeto activo, vale decir, aquel que se manifiesta como autor de la conducta típica descrita en un precepto de la parte especial, quien lleva cabo la actividad descrita en el tipo legal,¹ puede ser simple o calificado.

El sujeto activo no debe ser confundido con el autor, ya que para que un sujeto activo sea autor es necesario que concurran además otras características especiales en él que vienen a circunscribir el ámbito del autor.² El sujeto activo es el sujeto de la acción, independientemente que sea responsable del delito. En cambio, según el artículo 14 del Código Penal, los

¹ Luzón Peña, Diego Manuel; *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, Universitas, Madrid, 1996, p. 346; Bustos Ramírez, Juan; *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ª Ed., PPU, Barcelona, 1994, p. 271.

autores son una categoría de los “responsables criminalmente de los delitos”. Un inimputable, por ejemplo, puede ser sujeto activo de un hecho típicamente antijurídico, pero no podrá nunca ser autor de un delito.³

Los delitos con la participación de sujetos con especiales condiciones requeridas por la ley, se denominan delitos especiales, y éstos pueden ser de los llamados delitos especiales “impropios” (o especiales en un sentido amplio), esto es, aquellos hechos punibles que si bien pueden ser ejecutados por cualquiera, experimentan una cualificación –agravatoria o atenuatoria– al ser realizados por una determinada esfera de autores y siempre presuponen un delito común correspondiente, como, v.gr., la relación entre homicidio y parricidio o infanticidio.⁴

Por otro lado, existen los delitos especiales “propios”, valer decir, aquellos que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos. Entre éstos se encuentran los delitos genuinos de los funcionarios públicos.⁵

En este caso, se ha afirmado que en este tipo de delitos el interviniente no calificado no puede ser coautor, sino sólo partícipe. La coautoría es la realización de un hecho propio, mientras que la participación se predica de un hecho ajeno. Por ello, no puede ser coautor quien no es autor idóneo según el respectivo tipo de delito. La única posibilidad se encuentra en que se trate de un delito especial, cuyo tipo está compuesto de varios actos, pues entonces es admisible que quien no podría ser autor único, pueda en cambio realizar algún acto ejecutivo de los varios que integran el tipo. Por ejemplo, la violación del numeral primero del artículo 361 del Código Penal está compuesta por dos actos (acceso carnal y uso de la fuerza o intimidación). La característica típica de la fuerza o intimidación es independiente del sexo del autor, por lo que también una mujer puede ser coautora directa del artículo 15 N° 1 del delito de violación. Fuera de estos casos, un *extraneus* que interviene en la coejecución de un hecho constitutivo de delito especial no puede ser castigado como coautor de éste.⁶

² Bustos Ramírez, Juan; Ob. cit., pp. 271 y 272.

³ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, en Córdoba Roda, Juan, y Rodríguez Mourullo, Gonzalo; *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, 1ª Ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1976, p. 802.

⁴ Rodríguez Mourullo, Gonzalo; Ob. cit., p. 863; Grisolia, Francisco; *La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude*, en RCP, Tomo XXXIV, enero-junio, 1975, pp. 5 y ss.; Quintero Olivares, Gonzalo; *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Ed. Cymys, Barcelona, 1974, p. 51.

⁵ Jescheck, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª Ed., Granada, 1993, p. 240; Mir Puig, Santiago; *Derecho Penal, Parte General*, 3ª Ed., PPU, Barcelona, 1990, pp. 220 y 221.

⁶ Rodríguez Mourullo, Gonzalo; Ob. cit., pp. 838 y 839.

Si seguimos a Quintero, en una apreciación con la que concordamos, en los delitos especiales existe una "limitación de la esfera de autores", por los criterios que sea, v.gr. especial protección de un bien jurídico, pero la norma superior "que late en ellos va dirigida a todos" y, por tanto, el contenido del injusto de tales delitos sería idéntico al de los delitos comunes, y así serían tratados los partícipes. El partícipe en un delito común (v.gr. hurto) participa también en la lesión del bien jurídico "propiedad", aun cuando él no haya sido autor en el caso concreto. En el delito especial lo único que difiere es que no "hubiera podido ser autor principal, aunque lo hubiese querido".⁷ Es decir, un extraño no puede ser considerado autor del artículo 15 N° 1 en un delito especial propio, sólo partícipe.

2. El delito de negociación incompatible

No cabe duda que el delito de negociaciones incompatibles, establecido en el artículo 240 del Código Penal, con o sin la modificación experimentada en virtud de la Ley N° 19.645, constituye un delito especial propio que sólo admite la existencia de sujetos activos que sean empleados públicos al tenor del artículo 260 del mismo cuerpo legal.

Ello si analizamos el bien jurídico y la propia conducta punible.

1. De acuerdo a las doctrinas española e italiana, este delito tutela el interés de la colectividad en la imparcialidad de la Administración Pública y el prestigio de los funcionarios, se pretende, siguiendo a Sebastián Soler, "el fiel y debido desempeño de las funciones de la Administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad", es decir, se protege ante todo la transparencia de los actos administrativos.⁸

En nuestro contexto, se ha afirmado que "el bien jurídico específicamente amparado por el delito de negociación incompatible es el deber de probidad administrativa y éste es un deber jurídico al que se encuentran afectos los funcionarios públicos y cuyo objeto es impedir la utilización de esta investidura para la obtención de beneficios o ventajas económicas para sí o terceros."⁹

⁷ Quintero Olivares, Gonzalo; Ob. cit., pp. 45 y 49.

⁸ Sancinetti, Marcelo; *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, en ADP, 1986, p. 878.

⁹ Molina Correa, Eugenia María; *El delito de negociación incompatible*, tesis, U. de Chile, 1985, p. 13.

De manera que, por vía del bien jurídico tutelado, la actuación de un *extraneus* no tendería a violar ni la probidad, ni la imparcialidad ni la transparencia que se pretende proteger en el actuar de los empleados de la Administración, porque tal sujeto no tiene ni debe estas obligaciones.

2. En cuanto a la conducta, ésta consiste en “interesarse” en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo. Siguiendo a Sancinetti, esta conducta queda definitivamente configurada en cuanto el funcionario realiza un acto desviado por la prosecución de un interés espurio, o sea, al tomar una injerencia orientada al beneficio (injerencia de aprovechamiento o *ingerenza profittatrice*, en palabras de la Corte de Casación italiana) condicionando la voluntad negocial de la Administración por la “inserción” del interés particular.¹⁰

Vale decir, colocado que fue el funcionario público en la disyuntiva del “interés general” de la Administración, existente en su intervención en la resolución o dictamen del contrato u operación, y el “interés particular”¹¹ (propio o de su entorno familiar o económico), ha decidido por favorecer no sólo el primero, sino el segundo exclusivamente o ambos.

En este segundo aspecto, tampoco la intervención del extraño es posible, ya que la existencia por sí sola del “interés” en un contrato u operación no configura el delito, sino que lo hace la colisión de éste con el interés de la Administración, que no puede predicarse de él.

3. Conclusiones

Corresponde, pues, que señalemos el tipo de sanción (si ella es posible) respecto del cónyuge que no se interesa, sino que adquiere interés (en el sentido de ser colocado por el funcionario público con el que se encuentra casado en situación de recibir o disfrutar una ventaja o beneficio económico proveniente de un contrato u operación en que el empleado debe intervenir).

1ª Alternativa: La impunidad

Esta alternativa, opuesta a la posibilidad de considerar la participación en un delito especial, ha sido desechada por la doctrina, argumentando la justicia material (que no prefiere la impunidad), la estructura técnica de la institución de la participación y la imposibilidad de aplicar a este caso los presupuestos de incomunicabilidad del artículo 64 del Código Penal.¹²

¹⁰ Ob. cit., pp. 880 y 881.

¹¹ Ocupamos aquí los términos de la Ley N° 18.575, modificada por la Ley N° 19.653.

¹² Todo ello, en Rodríguez Mourullo, Gonzalo; Ob. cit., p. 863.

2ª Alternativa: La sanción

Teniendo claro que la alternativa correcta es sancionar a los extraños (no porque son sujetos activos de los delitos especiales, sino porque son partícipes¹³), debemos señalar cuáles son las posibilidades de sanción del cónyuge colocado en el caso señalado.

a. Autor ejecutor del artículo 15 N° 1

Esta posibilidad ha sido anteriormente descartada, ya que en esta posibilidad, tratándose de delitos especiales, sólo puede ser autor el sujeto cualificado y, en consecuencia, el extraño no podrá ser jamás autor “principal”, ya que no puede serlo quien no es autor idóneo (cualificado) según el tipo delictivo, y en este caso, claramente, el tipo exige que se trate de un empleado público.¹⁴

b. Inducción del artículo 15 N° 2

Esta es una posibilidad cierta, dado que la inducción (con independencia que aparezca regulada como autoría) es una participación en un hecho ajeno.¹⁵ Si la cónyuge ha influido sustancialmente en el sujeto activo empleado público y ha creado en él la resolución de ejecutar el hecho típico, de tal manera que la deje a ella en situación de obtener el beneficio económico al que nos hemos referido anteriormente, puede existir inducción y la cónyuge debe ser sancionada de conformidad al artículo 15 N° 2 del Código Penal.

La inducción como forma de sanción del *extraneus* en el delito de negociación incompatible ha sido aceptada en nuestro contexto jurídico.¹⁶

c. Autoría del artículo 15 N° 3

En este caso, debe existir concierto previo, es decir, que exista como mínimo una “confabulación” (que puede alcanzar el grado de acuerdo previo de voluntades) entre el cónyuge y el empleado público en orden a cometer el delito.¹⁷

¹³ Esto se aclara con un ejemplo que se señala en *Ibíd.*, p. 840, aunque referido a un delito especial impropio: Un extraño puede naturalmente matar o ayudar a matar a otro, pero no puede matar o ayudar a matar a un pariente.

¹⁴ Grisóla, Francisco; *Ob. cit.*, p. 15.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 19; Rodríguez Mourullo, Gonzalo; *Ob. cit.*, p. 862.

¹⁶ Molina Correa, Eugenia María; *Ob. cit.*, p. 40.

¹⁷ Yáñez Pérez, Sergio; *Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno*, en RCP, Tomo XXXIV, enero-junio 1975, p. 60; Cury Urzúa, Enrique; *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, Ed. Jurídica, 1ª Ed., 1985, p. 256.

También debe existir una facilitación de los medios para perpetrar el delito y esto resulta claro en el caso, ya que la cónyuge del empleado público facilitó o prestó su calidad de abogado y los medios técnicos que ello supone para permitir la apariencia de separación del "interés general" (que sería resguardado por el empleado público) y el "interés particular" (cubierto por la cónyuge, sin que se descubriese esta calidad). Esto puede abarcar todos los casos en que se hayan prestado medios materiales e intelectuales hasta aquellos en que la dirección y planificación del delito se encuentre bajo el empleado público.¹⁸

d. Complicidad (artículo 16)

La última posibilidad es la complicidad, lo que ocurrirá cuando no exista el concierto, lo que en nuestro medio ha sido declarado como "difícil de concebir".¹⁹

e. Autoría mediata

Nuestra última preocupación, relacionada con la posibilidad de que el empleado público hubiese "usado" o instrumentalizado a su cónyuge en la ejecución del delito, es la de suponer autoría mediata.

En este caso estamos frente a un autor mediato *intransus* (en este caso, el empleado público) que comete el delito especial cuya autoría le está reservada, por medio o a través de un instrumento no cualificado.²⁰

Esto debe ser descartado por dos razones:

i. La primera es que en estos casos el extraño (es decir, la cónyuge) debe ser capaz de ejecutar directamente el tipo del delito que podría haber ejecutado el sujeto cualificado y ello no es posible, de acuerdo a lo señalado anteriormente.

ii. La segunda es que existiendo dolo en la cónyuge no puede existir autoría mediata. Las hipótesis de "instrumento doloso", es decir, de un pretendido instrumento que actúa libremente y con pleno conocimiento de la situación. La conducta del supuesto autor mediato no será la del "abuso" de otra persona, sino la "corrupción", que debe ser incardinada por la inducción u otra modalidad.²¹

¹⁸ Yáñez Pérez, Sergio; Ob. cit., p. 60.

¹⁹ Molina Correa, Eugenia María; Ob. cit., p. 40; Grisolfá, Francisco; Ob. cit., p. 19.

²⁰ Grisolfá, Francisco; Ob. cit., p. 16.

²¹ Rodríguez Mourullo, Gonzalo; Ob. cit., p. 809.