



**UNIVERSIDAD DE ATACAMA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**Aporías, Derecho penal moderno y Corrupción: Caso del artículo  
241 bis del código penal chileno**

Yessenia Espinosa Castillo

2021



**UNIVERSIDAD DE ATACAMA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**Aporías, Derecho penal moderno y Corrupción: Caso del artículo  
241 bis del código penal chileno**

“Memoria presentada en conformidad a los requisitos para Obtener el Grado de  
Licenciada en Ciencias Jurídicas”

Profesor Guía: Dr. Rodrigo Cardozo Pozo

Yessenia Espinosa Castillo

Atacama, Copiapó

“Caminando en línea recta no puede uno llegar muy lejos”

El principito- Antonie de Saint- Exupéry

## **AGRADECIMIENTOS**

Con el corazón colmado de gratitud, elevo mis agradecimientos a Dios, fuente de toda gracia y arquitecto de mi destino; a mi familia, por su apoyo y amor incondicional; y de forma especial, a mi profesor guía, cuya sabiduría, orientación y mentoría forjaron mi criterio y la estructura de esta tesis.

## ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CP	Código Penal
CPR	Constitución Política de la República
Cap.	Capítulo
Cfr.	Confrontar
Cit.	Citado por
Coord. [s].	Coordinador[es]
Dir. [s].	Director [es]
Ed.	Editorial
Ibíd	Mismo autor y obra
Loc.Cit	Lugar citado
Nº	Número
Ob. Cit	Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
s[s]	Siguiente[s]
Trad.[s]	Traductor[es]
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	8
--------------------	---

### CAPÍTULO I

#### DERECHO PENAL MODERNO

1.-Sociedad actual .....	11
2.- Derecho penal en la sociedad actual .....	16
2.1.- Posturas doctrinales respecto de la necesidad y legitimidad del Derecho penal moderno .....	19
2.2.- Derecho penal de la ilustración en perspectiva con el Derecho penal moderno .....	25
3.- Derecho penal moderno y sus características .....	28
3.1.- Delitos de peligro abstracto .....	28
3.2.- Bienes jurídicos colectivos .....	31
3.3.- Administrativización del Derecho penal .....	34
3.4.- Efecto comunicativo simbólico y prima ratio en el Derecho penal .....	35

### CAPÍTULO II

#### CORRUPCIÓN Y DELITOS FUNCIONARIOS

1.- Corrupción .....	37
1.1.- Aspectos generales de la corrupción .....	37
1.2.- Delimitación del concepto corrupción .....	38
1.3.- Impacto de la corrupción .....	41

2.- Delitos funcionarios .....	44
2.1.- Consideraciones generales de los delitos funcionarios .....	49
2.2.- Concepto de funcionario público .....	59
2.3 El bien jurídico protegido de los delitos funcionarios .....	56

### **CAPÍTULO III**

#### **DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL MODERNO**

1.- Delito de enriquecimiento ilícito en la legislación comparada .....	60
1.1.- Aspectos generales: .....	60
1.2.- La tendencia del Derecho iberoamericano .....	62
1.3.- Análisis crítico de la figura del delito de enriquecimiento ilícito a la luz de las legislaciones Colombiana, Argentina y Peruana .....	63
1.4.- Figura del enriquecimiento ilícito en los ordenamientos Europeos .....	72
1.5.- Consideraciones del análisis crítico a la luz del Derecho penal moderno .....	73
2.- Delito de enriquecimiento ilícito en Chile .....	76
2.1.- Génesis del enriquecimiento ilícito .....	76
2.2.- EL artículo 241 Bis como manifestación del Derecho penal moderno .....	78

<b>CONCLUSIONES</b> .....	85
---------------------------	----

<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	90
---------------------------	----

## INTRODUCCIÓN

No es sencillo abordar los profundos y significativos cambios que ha sufrido la sociedad, y cómo estos han repercutido de manera sustancial en las diversas áreas de desarrollo. Esta situación ha provocado que algunos autores se refieran a un quiebre en la modernidad, el cual viene tomando fuerza a partir de la segunda mitad del siglo XX. Aquello ha ido moldeando las características de esta sociedad, entre las cuales destacan principalmente: la imperante globalización, el crecimiento acelerado y el riesgo como factor determinante en los diversos aspectos de la vida cotidiana.

La complejidad de la sociedad actual ha traído consigo un aumento significativo en la sensación general de inseguridad de la población, cuestión que ha provocado una mayor exigencia de protección por parte de la población al Estado en relación a la premisa riesgo-inseguridad. Es por ello, que el Estado ha intentado dar respuesta a las nuevas exigencias sociales a través del Derecho penal, llegando a provocar un cambio de paradigma, es así, como se pasó de un Derecho penal de la ilustración a un Derecho penal moderno. Lo anterior, se ha visto marcado por un extenso debate a nivel doctrinal del cual han surgido diversas posturas respecto de la necesidad y legitimidad de la expansión del Derecho penal.

Ante este contexto tan complejo es que surge un tema que genera gran preocupación e inseguridad en la sociedad, este es el fenómeno de la corrupción, especialmente en el sector público, el cual a partir de la década de los noventa irrumpió con gran fuerza. Respecto a aquello, cabe mencionar que la corrupción se caracteriza por ser un fenómeno mundial, que genera grandes y perjudiciales consecuencias en la sociedad, provocando una amenaza a la estabilidad y seguridad de las sociedades. Es por ello, que a nivel mundial se ha intentado hacerle frente al fenómeno de la

corrupción, bajo la creación de diversos instrumentos internacionales que buscan contribuir en la lucha contra este fenómeno.

Asimismo, nuestro país no ha quedado exento de aquello, más aún cuando la percepción del aumento de la corrupción se ha incrementado de manera significativa en el último tiempo, generando aquello una pérdida de confianza en las autoridades públicas, siendo aquello una amenaza latente a la democracia, al propósito de construir una administración pública dotada de legitimidad, además de los efectos dañinos que se generan en las diversas áreas de desarrollo, los cuales terminan afectando a las personas más vulnerables. Es precisamente en razón de aquello que nuestro país introdujo el artículo 241 bis al código penal, esto con la finalidad de contribuir en la lucha contra el fenómeno de la corrupción, específicamente para evitar que los delitos contra la administración pública que cometen los funcionarios públicos queden en la impunidad por problemas de probanza.

Este trabajo fue motivado principalmente por la problemática existente en torno al rol que actualmente desempeña el Derecho penal ante las exigencias de la sociedad actual, especialmente en aquellas áreas que más preocupación e inseguridad generan en la población. Es precisamente en razón de aquello, que se quiso profundizar en el fenómeno de la corrupción, ya que este trae consigo consecuencias perjudiciales en las diversas áreas de desarrollo. Lo anterior motivó el análisis del artículo 241 bis del código penal, el cual fue introducido precisamente en este contexto.

Para analizar la problemática antes expuesta se buscó dar respuesta a la hipótesis investigativa, la cual tenía por finalidad demostrar que el delito de enriquecimiento ilícito (art. 241 bis) es una manifestación del Derecho penal moderno. Para lograr dicho cometido se utilizó un método dogmático jurídico deductivo, dando una exposición general de algunos temas además de contrastar diversas posturas doctrinales que permitieron esclarecer aquello que se planteó en un principio.

Es en razón de aquello que esta investigación se dividió en tres capítulos, de los cuales dos de ellos tenían una finalidad expositiva. En el capítulo I, se expuso sobre la sociedad del riesgo y sus implicancias. Posteriormente, se expuso sobre el rol que ha tenido el Derecho penal en la sociedad actual, para luego dar una visión general de las diversas posiciones doctrinales respecto de la necesidad y legitimidad de la expansión del Derecho penal. Siguiendo la misma línea, se puso en perspectiva lo que es el Derecho penal de la ilustración y el Derecho penal moderno, con la finalidad de comprender que ha llevado a cuestionar de manera tan severa a este último. Finalmente, se expusieron las principales características del Derecho penal moderno.

En el capítulo II, se expuso lo que es el fenómeno de la corrupción en el sector público y las implicancias que ello trae consigo, para luego dar una visión de cómo nuestro país ha sido afectado por aquello, y los mecanismos y/o soluciones que ha buscado para enfrentar dicha problemática. Posteriormente, se dio una visión general de lo que son los delitos funcionarios, centrándose el estudio en el concepto de funcionario público y en el bien jurídico protegido de dichos delitos.

En el capítulo III, se dio una visión de lo que ha sido la introducción del delito de enriquecimiento ilícito a nivel de legislación comparada, esto con la finalidad de demostrar que este delito es una manifestación del Derecho penal moderno, es por ello que se analizó las legislaciones de Argentina, Perú y Colombia, además de dar una breve exposición de la postura de la legislación europea. Posteriormente, se expuso lo que fue la introducción del artículo 241 bis en la legislación nacional, para luego analizarlo y demostrar la hipótesis investigativa de este trabajo.

# CAPÍTULO I

## DERECHO PENAL MODERNO

### 1. LA SOCIEDAD ACTUAL

En la actualidad nos encontramos inmersos en una sociedad con una enorme complejidad, la cual a partir de la segunda mitad del siglo XX ha experimentado profundos y significativos avances tecnológicos y científicos, además de diversas transformaciones económicas, sociales y culturales que son la base del modelo social postindustrial en que vivimos<sup>1</sup>. Es por ello, que la actual sociedad ha sido concebida como una «Sociedad del riesgo»<sup>2</sup>, así ha sido caracterizada por el sociólogo alemán ULRICH BECK, este autor hace un análisis en su libro denominado “Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad” de las profundas transformaciones vividas por las sociedades contemporáneas, donde se enfatiza que somos testigos de una fractura dentro de la modernidad, que marca el paso de una sociedad industrial clásica a una nueva etapa denominada sociedad del riesgo.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>SILVA, Jesús. *La expansión del derecho penal*. 2º ed. Madrid: Civitas, 2004. p 42

<sup>2</sup> Este término propone que, en las sociedades postindustriales desarrolladas las implicancias negativas del desarrollo tecnológico, del sistema de producción y consumo adquieren entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos, ya que aquello ello propicia la aparición de nuevos riesgos – especialmente de origen tecnológicos-, los cuales determinan un cambio de época de la sociedad industrial a un nuevo tipo macrosociológico: el de la sociedad de riesgo. MENDOZA, Blanca. *El derecho penal en la sociedad de riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. P 25.

<sup>3</sup> BECK, ULRICH. *Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. P 16.

BECK hace mención del cambio de paradigma que se ha desarrollado en la sociedad del riesgo, algunos de los ejemplos que más se destacan son el reparto de la riqueza y los riesgos; la racionalidad científica y social; los riesgos específicos de clase; la globalización de los riesgos; las nuevas desigualdades internacionales; la dinámica social y política en la sociedad del riesgo; la conciencia pública en torno al riesgo; evolución cultural; la concepción de la estructura social; el avance científico y tecnológico; el desarrollo técnico y económico, entre otros. Como se puede apreciar, el análisis del autor abarca diversos tópicos que exceden la finalidad de este trabajo, además de la gran complejidad que requiere el análisis de cada uno de ellos, sin embargo, es sumamente relevante tenerlos en consideración para poder vislumbrar la innegable realidad que lleva aparejada la posmodernidad del siglo XXI, y cómo el concepto de riesgo pasó a ser un rasgo característico de la sociedad actual.

Resulta indispensable plantearse lo que significa el concepto de riesgo, que como ya se mencionó es un rasgo característico de la sociedad actual. Este concepto se comenzó a acuñar a lo largo de la transición de la edad media hasta los inicios de la época de la modernidad, se incrementó su uso en su paso por la era industrial, y se convirtió en una realidad dentro de la posmodernidad del siglo XXI.<sup>4</sup> Es por ello que resulta complejo dar una definición de riesgos al existir una pluralidad conflictiva de definiciones, pese a aquello, hay una cuestión que es clara, y es que el riesgo de la sociedad actual implica confrontarse a la construcción de futuros, sin embargo, aquello no deja de tener una gran complejidad, ya que se aprecia una superproducción de riesgos que por una parte se relativizan, y por otra se disputan mutuamente la

---

<sup>4</sup>BUGUEÑO, Luz. *Autoría penal por responsabilidad colectiva. Más allá del injusto individual*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019. P 6

Respecto del concepto de riesgo, se postula este tomó fuerza entre el siglo XVI y el XVII, con motivo de los viajes emprendidos por los exploradores occidentales, es así, el vocablo parece haber llegado a los demás idiomas por vía del castellano, a causa de un término náutico que significa encontrar un peligro o chocar contra un risco. AGRA, Cándido. DOMÍNGUEZ, José Luis. GARCÍA, Juan. *La seguridad en la sociedad de riesgo: Un debate abierto*. España: Atelier, 2003. P.12. ISBN: 84-95458-92-6

supremacía, quedando en evidencia que la s cada posición de interés intenta defenderse con definiciones propias de aquello que debiese ser entendido como riesgo.<sup>5</sup>

El contenido del riesgo es un tema de gran relevancia, en razón de aquello, cabe precisar que los riesgos no se agotan en consecuencias y daños que ya han tenido lugar, sino que están compuestos por un elemento esencial que es “el futuro”. Los riesgos tienen que ver fundamentalmente con la previsión, con destrucciones que aún no han tenido lugar pero que se ven como inminentes. Es por ello, que la doctrina dominante plantea que los riesgos se refieren a un futuro que hay que evitar.<sup>6</sup>

BECK plantea que los riesgos son reales e irreales al mismo tiempo, por una parte, hay muchos peligros y destrucciones que son reales y por otra, existe una pujanza social del argumento del riesgo que reside en la proyección de amenazas para el futuro.<sup>7</sup> Como consecuencia de lo anterior, este autor postula que en la sociedad del riesgo el pasado pierde fuerza de determinación para el presente, sin embargo, aparece en su lugar como causa de la vivencia y de la actuación el futuro, es decir, algo que no existe, y que ha sido construido, provocando que constituyan acciones a fin de evitar, mitigar, prever los problemas y las crisis del mañana.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Las amenazas al suelo, a las plantas, al aire, al agua y a los animales adoptan un lugar especial en esta lucha de todos contra todos por las definiciones del riesgo más ventajosas en la medida que se refieren al bien común y aquellos que no tienen voz. Es así, como queda en evidencia que el alcance, la urgencia y la existencia de los riesgos oscilan con la pluralidad de valores y de intereses, sin embargo, no es tan evidente que esto influye sobre la interpretación del contenido de los riesgos. BECK, ULRICH. Ob. Cit., p 37

La Real Academia Española señala que la palabra riesgo proviene del antiguo Riesco “risco”, por el peligro que suponen. Es así como lo define como “Contingencia o proximidad de un daño”. DICCIONARIO de la lengua española [en línea]. 23 ed. España: Real Academia Española. 2014 [fecha de consulta: 20 Noviembre de 2021]. Consultado en: <https://dle.rae.es/riesgo>

Beriain señala que el riesgo aparece como un constructo social histórico, un dispositivo de racionalización, de reducción de la indeterminación. AGRA, Cándido. DOMÍNGUEZ, José. GARCÍA, Juan. Ob. Cit., p 11

<sup>6</sup> BECK, ULRICH. Ob. Cit., p 39

<sup>7</sup> Loc. Cit.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, p 40

Como ya se ha podido vislumbrar, la complejidad de la sociedad ha provocado una sensación general de inseguridad<sup>9</sup>, que se ve acentuada por una creciente sensación de miedo por el contexto actual, ya que constantemente se está bajo la premisa de la existencia de un mal, el cual debe ser eliminado, o por lo menos combatido. Es así, como no se puede desconocer la existencia de los nuevos riesgos, que son una manifestación de la diversidad y la complejidad social, en la cual se evidencia una pluralidad de opciones, además de la existencia de sobreinformación, que se ve marcada por la falta de criterios para la decisión sobre lo que es bueno o malo, sobre lo que se puede confiar o lo que no, acentuando aquellas dudas, incertidumbres, ansiedad e inseguridad de la sociedad actual.<sup>10</sup>

En lo que ha sido el avance cada vez más acelerado de la sociedad actual, diversos autores han intentado clarificar las características propias de la sociedad actual, es así, como MENDOZA citada por Cardozo señala que de los aspectos más definitorios de la sociedad de riesgo pueden destacarse tres que son: el cambio en la naturaleza y en el potencial de los peligros actuales, el alto grado de complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad y la sensación de inseguridad subjetiva.<sup>11</sup>

Primeramente, es conveniente interiorizar respecto del cambio en la naturaleza y en los potenciales riesgos actuales, aquí se hace una distinción en relación a los peligros de otras épocas. Actualmente estos riesgos son artificiales y manufacturados, es decir, son producidos por la actividad del hombre y vinculados a la

---

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ. Ob. Cit., p 32

Ulrich Beck sostiene que las situaciones de amenaza global que surgen así, y la dinámica social y política de conflicto y desarrollo que éstas contienen, son nuevas y considerables, pero quedan ocultas por riesgos e inseguridades sociales, geográficas y culturales que en la modernidad avanzada han recortado y transformado la estructura social interior de la sociedad industrial y las evidencias básicas del estilo de vida que están incluidas en ella. BECK, Ulrich. Ob. Cit., p 9

<sup>10</sup> SILVA, Jesús. Ob. Cit., p 33

<sup>11</sup> CARDOZO, Rodrigo. Bases de política criminal y protección penal de la seguridad vial (especialmente sobre el artículo 379 del código penal). Doctorado, Derecho Penal. Salamanca: S.I.: Universidad de Salamanca, Departamento de Derecho Público General, Área de Derecho Penal. 2009. p 107

decisión de éste.<sup>12</sup> Este cambio se ve marcado por una predominancia de los nuevos riesgos por sobre los tradicionales, estos nuevos riesgos se caracterizan por su gran extensión, por amenazar a un número indeterminado y potencialmente enorme de personas.<sup>13</sup>

En segundo lugar, se encuentra la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad, a la que contribuye de manera significativa el incremento de las conexiones causales, junto a la creciente sustitución de contextos individuales por contextos colectivos. En tercer lugar, se encuentra la sensación de inseguridad subjetiva, esta está ligada a la incertidumbre que provocan los nuevos riesgos, y es precisamente en razón de aquello que la autora enfatiza en una cuestión que no es menos importante, la cual dice relación con que los miembros de la sociedad actual, viven en la mayoría de los aspectos más seguros que nunca, pero que paradójicamente tienen una creciente sensación subjetiva de inseguridad, que no necesariamente se corresponde con la magnitud de los riesgos.<sup>14</sup>

En consecuencia, la sociedad de riesgo se encuentra totalmente globalizada y en constante aceleración, lo que hace más complejo el escenario actual, generando más interrogantes en la población, ya que los riesgos están en todos los aspectos de la vida cotidiana, provocando aquello una gran demanda de normativa de seguridad, ya que el ciudadano se siente confuso y desconfiado respecto del contexto actual.

---

<sup>12</sup> En concordancia con lo anterior, se parte de la base que los nuevos riesgos tienen su origen en decisiones y actuaciones humanas, ya sean individuales o colectivas, esto los hace controlables o susceptibles de cierta conducción. MENDOZA, Blanca. Ob. Cit., pp 34-35

<sup>13</sup> Los riesgos son concebidos como un efecto colateral del progreso, estos quieren ser evitados, pero en general, no tienen su origen en conductas socialmente desaprobadas, sino que son producidos en un contexto encaminado a la búsqueda de un mayor progreso. Sin embargo, estos riesgos no dejan de producir un alto grado de desconocimiento, incertidumbre e inseguridad en la población. Loc. Cit.

<sup>14</sup> MENDOZA, Blanca. “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad de la sociedad del riesgo”. En: DÍAZ- MAROTO, Julio (eds). *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*. Madrid: Colex, 2006. pp 351- 356.

## 2. EL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD ACTUAL

Ante el contexto actual algunos autores han afirmado que el Derecho penal actual es un Derecho penal moderno, que se ha ido gestando como una respuesta ante las exigencias de la sociedad del riesgo. Es así, que el Derecho penal moderno se ha descrito como expansivo<sup>15</sup>, vinculando su utilización a las exigencias constantes por parte de la población al Estado, la cual le exige mayor protección en torno a la relación riesgo-inseguridad.

Es pertinente antes de interiorizarnos en el tema hacer algunas precisiones conceptuales respecto a lo que debiese entenderse por moderno, ya que hace unos siglos atrás al hablar de «Derecho penal moderno» se remitía de inmediato al modelo penal que deriva de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX más conocido actualmente como Derecho penal de la ilustración.

Entonces, debemos partir precisando que ha de entenderse por «moderno», siguiendo a SOTELO citado por Gracia “el adjetivo "moderno" surge, justamente, cuando se considera indispensable marcar diferencias sustantivas entre el ayer y el hoy”<sup>16</sup>. Es por ello, que la concepción de la modernidad no puede ser concebida como un hecho instantáneo, sino como un largo proceso histórico en que los diferentes aspectos y dimensiones de la civilización van innovando, ello implica necesariamente la ruptura de la continuidad histórica, en resumen, moderno no podría entenderse de manera superflua como algo meramente “actual”.<sup>17</sup>

En este sentido, el Derecho penal moderno como suele conceptualizarse al modelo que impera en nuestra época, atiende a sociedades de gran complejidad, con

---

<sup>15</sup> SILVA, Jesús. Ob. Cit., p 149

<sup>16</sup> GRACÍA, Luis. ¿Qué es la modernización del derecho penal? En: DÍEZ, José ROMERO Carlos, GRACÍA, Luis. HIGUERA, Juan (Eds). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos. 2002. P 353. ISBN: 84-309-3921-0

<sup>17</sup> Loc. Cit.

nuevos intereses y con una amplia exigencia de protección ante la constante sensación de inseguridad, ocasionando una alta demanda de punición, que se concretiza cuando se le exige al Estado una mayor intervención, es decir, que se haga cargo de proporcionar mayor seguridad, buscando una constante intervención del Derecho penal como respuesta a las nuevas exigencias de la sociedad.

Es sumamente relevante hacer una aclaración respecto al surgimiento de un concepto que algunos autores se han aventurado a utilizar, este es el denominado “Derecho penal del riesgo”<sup>18</sup>, asociado a las características propias de la actual sociedad de riesgo. Es así, como en palabras de NAVARRO, citado por Cardozo este es conceptualizado como “El derecho penal del riesgo se caracteriza por pretender desarrollar un Derecho penal preventivo (mega preventivo según los más críticos) que afronte los nuevos grandes riesgos de la sociedad moderna, acudiendo a la tutela anticipada de los bienes jurídicos universales mediante las técnicas de peligro, fundamentalmente, a través de los delitos de peligro abstracto”.<sup>19</sup>

Respecto del concepto de “derecho penal de riesgo”, FEIJOO pone en manifiesto que este concepto no es dogmático, tampoco presenta un contenido claro, para este autor solo se trata de un eslogan para realizar un examen crítico al Derecho Penal Actual. En esta misma línea señala que existen diversos modelos sociológicos que intentan dar explicación en torno al término sociedad de riesgo, aunque en el debate jurídico-penal suele utilizarse el de BECK, pese a ello este concepto no aporta del todo claridad, ya que diversos autores le han dado un contenido más amplio al término sociedad de riesgo.

---

<sup>18</sup> FREHSEE pone de manifiesto que el Derecho penal del riesgo es una creación conceptual crítica con la que se designaría una forma de desarrollo y un conjunto de modificaciones estructurales a través de las cuales el Derecho penal se ha adaptado al fenómeno de la sociedad del riesgo. Aquello cobra relevancia respecto de las consecuencias que tiene para el Derecho penal, es así, como conlleva tal orientación hacia el riesgo y hasta qué punto éstas pueden suponer una auténtica crisis para el Derecho penal y la política criminal. Loc. Cit.

<sup>19</sup> CARDOZO, Rodrigo. Ob. Cit., p 121

Por lo que, cabe precisar que el concepto de Derecho penal de Riesgo ha sido utilizado de manera preferente por el Instituto de Ciencias criminales de Frankfurt, este mismo autor manifiesta que la escuela de Frankfurt no ha pretendido calificar globalmente todo el Derecho penal como Derecho penal del riesgo, sino que sólo respecto de una tendencia específica que caracteriza a este nuevo Derecho penal. Sin embargo, se evidencia que todo modelo político criminal que no se adecúe a los presupuestos teóricos de la escuela de Frankfurt se descalificará como el ilegítimo Derecho Penal de riesgo.<sup>20</sup> Por lo anterior, y para efectos de este trabajo nos referiremos al modelo que impera en nuestra época como Derecho penal moderno.<sup>21</sup>

El último punto por aclarar, dice relación con el concepto «Expansión», este término ha pasado por un proceso de adaptación y aceptación, es así, como encontró su origen en lo que SILVA-SÁNCHEZ denominaba “una especie de perversidad del aparato estatal”, hasta llegar a ser visto actualmente como una respuesta eventualmente válida por parte del Estado.<sup>22</sup> Sin embargo, lo pertinente de aclarar en esta instancia dice relación con su denominación, ya que esta ha sido dada por la doctrina penal a la realidad política-legislativa. En los últimos años, específicamente a partir desde los años ochenta las legislaciones penales han ido aumentando exponencialmente su ámbito de intervención, el cual tiene como trasfondo un extenso cambio social, moldeándose en base a las exigencias sociales, cuestión que no ha estado exenta de cuestionamientos respecto de su real legitimación.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup>FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre la «administrativización» del Derecho penal en la «sociedad del riesgo». En: DÍEZ, José Luis, ROMERO, Carlos. GRACÍA, Luis, HIGUERA, Juan (Eds). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos. 2002. P 137. ISBN: 84-309-3921-0

<sup>21</sup> Pese a lo anterior, hay autores que sí consideran que puede ser posible hablar de un Derecho penal de riesgo, uno de ellos es HILGENDORF, este autor parte de la base que los nuevos riesgos tienen su origen en decisiones y actuaciones humanas, esto los hace, en principio, controlables o susceptibles de cierta conducción, en razón de todo lo anterior, es que surge la idea de que el Derecho penal puede ser un medio adecuado, incluso necesario para contrarrestar y preservarse de los nuevos riesgos. MENDOZA, Blanca. Ob. Cit., p 34

<sup>22</sup> CARDOZO, Rodrigo. Ob. Cit., p 108

<sup>23</sup> MUHR, Benjamín. Consecuencias procesales de la expansión del derecho penal. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile, Universidad de Chile, Facultad de derecho, Departamento de Derecho Procesal. 2010. P 7

## 2.1. Posturas doctrinales respecto de la necesidad y legitimidad del Derecho penal moderno

El derecho penal ha cobrado un protagonismo cada vez más grande en las nuevas políticas estatales, y como ha de esperarse este extenso proceso no ha estado exento de amplios cuestionamientos. En este apartado se esbozarán algunas de las posturas que han marcado este extenso debate doctrinal, pese a aquello, cabe advertir que cada postura tiene un trasfondo de gran complejidad, por lo que sus razones son difíciles de abordar y analizar en este trabajo. En razón de lo anterior, se tendrá por finalidad intentar dilucidar las posturas que han surgido respecto de la necesidad y legitimidad de la expansión del Derecho penal, es decir, si existe una real necesidad de intervención del Derecho penal para hacer frente a los riesgos de la sociedad actual.

Se partirá dando a conocer la concepción de algunos profesores de la Universidad de Frankfurt, entre ellos Winfried Hassemer, Wolfgang Naucke y Peter-Alexis Albrecht, estos profesores proponen que actualmente nos encontramos ante un Derecho penal moderno, el cual ha sido desarrollado como un medio de manejo social y un instrumento de pedagogía social. Estos autores propugnan que se ha producido un cambio de orientación, ya que se pasó del paradigma de la justicia penal hacia el paradigma de la prevención.<sup>24</sup>

En esta misma línea es que el profesor HASSEMER ha manifestado que “El fenómeno que observamos en el Derecho Penal se podría denominar la «Dialéctica de la Modernidad», y con ello se expresaría que el Derecho Penal se ha desarrollado hasta un punto en el cual se ha transformado en algo contraproducente y anacrónico.<sup>25</sup> En razón de aquello, es que estos autores postulan el regreso al “viejo y buen Derecho

---

<sup>24</sup> PARIONA, Raúl. El derecho penal “moderno”. Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *Revista Derecho y Criminología [online]*. 2006, vol 27, n 82. [ Fecha de consulta: 08 Diciembre 2021], p 158. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/980/930>

<sup>25</sup> HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1991. p 235

penal liberal” con sus principios político-criminales de garantía tanto sustantivos como procesales y su reducido núcleo que es conocido como «Derecho penal nuclear»<sup>26</sup>. En razón de lo antes expuesto, es que estos autores se posicionan en contra de la necesidad de intervención del Derecho penal en la lucha contra los riesgos, puesto que para ellos lo anterior, significa el abandono de los principios del Derecho penal clásico y desvirtúa el carácter de ultima ratio.

En este sentido, una parte de la doctrina se ha alineado a favor del planteamiento de mínima intervención que postula la escuela de Frankfurt, entre ellos FLÁVIO quien destaca que el Derecho penal se encuentra terriblemente transformado, haciendo mención a los siete pecados capitales del Derecho Penal en esta época, además llama a combatir la irracionalidad que presenta gran parte de este nuevo Derecho penal ya que lo considera exageradamente intervencionista y simbólico.<sup>27</sup>

En concordancia con los planteamientos restrictivos, pero con un enfoque diferente a lo manifestado por los otros autores se encuentra MARQUÉS, esta autora enfatiza en la idea de seguridad que preside hoy en el debate político- criminal, existiendo un amplio debate político en cuanto al valor de la seguridad para la sociedad. Esta autora manifiesta que el legislador para afrontar los conflictos y necesidades

---

<sup>26</sup>LASCANO, Julio. “*La insostenible modernización del Derecho penal*” basado en la “*tolerancia cero*” desde la perspectiva de los países “*emergentes*”. En: PÉREZ, Fernando. DÍAZ, Lina. GARCÍA, Ana. *Serta in memoriam Louk Hulsman*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2016. p 789-798

<sup>27</sup> Este autor hace una analogía a los siete pecados capitales, estos en el catolicismo representan conductas que deben ser evitadas por el ser humano para no cometer ningún pecado. Es así, como este autor ha establecido siete pecados capitales del Derecho penal los cuales son 1. Hipertrofia irracional (caos normativo); 2. Instrumentalización (del Derecho penal); 3. Inoperatividad, selectividad y simbolismo; 4. Excesiva anticipación de la tutela penal (prevencionismo); 5. Descodificación; 6. Desformalización (flexibilización de las garantías penales, procesales y ejecucionales), y 7. Explosión carcelaria. FLÁVIO, Luiz. “Globalización y derecho penal”. En: DÍEZ, José. ROMERO, Carlos. GRACÍA, Luis, e HIGUERA, Juan (Eds). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos. 2002. P 343. ISBN: 84-309-3921-0

actuales recurre al Derecho penal, siendo un mecanismo convincente para la ciudadanía con un bajo costo.

En este sentido, esta autora concuerda con el planteamiento de TERRADILLOS respecto de la implicancia que tiene y tendría la utilización del Derecho penal, manifestando el autor que se estaría ante “una situación de hecho de desprotección programada”, mencionando las grandes dificultades que enfrenta los límites del ius puniendi en estos nuevos procesos legislativos. Es así como a consideración de la autora el Derecho penal moderno se ha convertido en un instrumento al servicio del poder para la consecución de sus intereses políticos inmediatos.<sup>28</sup>

Otra cuestión que MARQUÉS considera fundamental, es que el Derecho penal moderno ha vulnerado el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, generando aquello una funcionalización ilegítima, la autora ejemplifica dicho planteamiento en la imposición de valores morales no mayoritarios en una sociedad democrática, teniendo como consecuencia que se pierda la función del bien jurídico como limitador a la intervención del poder punitivo. En esta misma línea, la autora manifiesta el carácter simbólico que describe la ineficiencia instrumental que tiene ciertas normas promulgadas con un carácter sociopolítico, generando aquellos efectos meramente simbólicos.<sup>29</sup>

Por otra parte, tenemos el planteamiento de SILVA-SANCHEZ quien aborda este tema desde la perspectiva de la «expansión del Derecho penal», este autor conceptualiza aquello como “una especie de perversidad del aparato estatal”, ya que se buscaría como recurso permanente a la legislación penal, siendo esta una solución fácil a los problemas sociales, desplazando el plano simbólico lo que se debería resolver

---

<sup>28</sup> MARQUÉS, María. Problemas de legitimación del Derecho penal del miedo. *Revista Política Criminal* [online]. 2017, vol.12, n.24 [Fecha de consulta 02 Diciembre 2021], pp.668-700. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/13529.pdf>

<sup>29</sup> MARQUÉS, María. Ob. Cit., pp 706-709

en el plano instrumental.<sup>30</sup> Siguiendo la misma línea, este autor da cabida a la expansión, pero hace énfasis que esta solo puede limitarse a una “expansión razonable”, la cual tiene un núcleo de muy limitado alcance, siendo todo lo que esté fuera de aquello una “expansión irrazonable”<sup>31</sup>. Es por ello, que la modernización como se plantea en la actual sociedad, la caracteriza en gran parte como una expansión irrazonable que flexibiliza los principios político- criminales y las reglas de imputación.

Pese a lo anterior, este autor se aleja y critica la idea de la escuela de Frankfurt de volver al derecho penal liberal, ya que considera que como tal este nunca existió,<sup>32</sup> sin embargo, pone serios límites en cuanto a la aceptación de la modernización del Derecho penal, es así como plantea que se debe distinguir diversos regímenes, y es en función de ellos que se deben imponer las consecuencias jurídicas, pese a que tengan un común denominador que es el carácter jurídico- penal.

Como se planteaba anteriormente, SILVA- SÁNCHEZ propone un modelo de Derecho Penal atendiendo a la necesidad de conectar con el grado de exigencia de los principios garantistas con la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito. A juicio de este autor el derecho penal ha de tener «dos velocidades», la primera de ellas es representada por el Derecho penal “de la cárcel”, aplicable a los “delitos nucleares”, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político criminales clásicos,

---

<sup>30</sup> SILVA. Jesús- María Ob. Cit., p 21

<sup>31</sup> Para Silva- Sánchez la razonabilidad de la expansión requeriría la plena salvaguarda de todos los criterios clásicos de imputación y principios de garantía. Al margen de lo anterior, puede admitirse resignadamente la expansión —ya producida— del Derecho penal a ilícitos de acumulación o peligro presunto, esto es, a conductas alejadas de la creación de un peligro real para bienes individuales. Pero la admisión de la razonabilidad de esta segunda expansión, que viene acompañada de los rasgos de flexibilización reiteradamente aludidos, exigiría ineludiblemente que los referidos ilícitos no recibieran penas de prisión. En la medida en que esta exigencia no es respetada por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, por el momento, la expansión del Derecho penal carece, en opinión del autor, de la requerida razonabilidad político-jurídica. *Ibíd.*, p 162.

Lascano concuerda con el planteamiento de Silva- Sánchez, y es esa línea que expone que nos encontramos ante una crisis de crecimiento, resultando una situación insostenible pretender que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal pueden seguir teniendo eficiencia para ejercer el control social de las nuevas formas de criminalidad de los umbrales del siglo XXI. LASCANO, Julio. Ob. Cit., p 164

<sup>32</sup> SILVA, Jesús-María Ob. Cit., 149

las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para aquellos casos que no se tratare de cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, siendo estos los que podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. Sin embargo, este mismo autor reconoce una tercera velocidad, pero hace reparos en ella, ya que esta debiese reconducirse a las velocidades antes mencionadas, y de no ser así esta debería quedar reducida a una mínima expresión, como un instrumento de abordaje de hechos considerados de emergencia.<sup>33</sup>

En contraposición a las posturas expuestas encontramos a GRACIA, quien tiene una postura más abierta respecto del rol del derecho penal en la sociedad actual, es así como este autor hace énfasis en diversas consideraciones que se deben advertir al hablar del Derecho penal moderno, considerando que una efectiva modernización del Derecho penal es una exigencia absolutamente necesaria desde el punto de vista de los bienes jurídicos, pero sobre todo es algo totalmente exigible desde puntos de vistas políticos y éticos.

De esta manera, este autor plantea la modernización en un sentido formal y sustantivo,<sup>34</sup> manifestando que la modernización siempre debe ir orientada hacia una meta, la cual debe tener como punto de partida un concepto material de Derecho penal moderno, debiendo ser entendido como un sistema de regulaciones jurídico- penales que tiene por objeto la criminalización formal, de conformidad con el sistema de garantías políticas del Estado social y democrático de Derecho del sistema de acción ético-socialmente reprobable de las clases sociales poderosas.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> SILVA. Jesús-María Ob. Cit., pp 159-167

<sup>34</sup> GRACIA, Luis. Ob. Cit., pp 357-358

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp 387- 393

Es por ello que Gracia apunta a una modernización, con una finalidad clara, que es incluir bajo la óptica de la criminalización a toda la criminalidad de las clases poderosas que se han mantenido alejadas todo este tiempo, ya que se han logrado autoexcluirse del discurso de criminalidad imperante. Loc. Cit.

Es en esta dirección, que conviene destacar el planteamiento de PARIONA, quien señala que el Derecho debe ser eficaz en su lucha contra los riesgos dentro del marco que le corresponde, ya que su intervención debe ser legítima, respecto de la consecución de estos objetivos, el autor es claro al señalar que esto dependerá en qué medida pueden ser modificados los principios tradicionales de imputación de responsabilidad penal sin abandonar algo fundamental que es la libertad del individuo en un Estado de Derecho, de tal modo que la efectividad del Derecho penal sea maximizada, esto, sin menoscabar los principios irrenunciables del Derecho penal.<sup>36</sup>

Este autor manifiesta que como presupuesto indispensable siempre deben ser respetados los postulados de necesidad, eficacia y legitimidad, respecto a aquello, enfatiza que se tiene que valorar la legitimidad de cada una de las normas penales individualmente, es decir, no se puede hablar de la legitimidad del Derecho penal moderno en general, o solo de un determinado tipo de delito como lo son los de peligro abstracto, o de un determinado bien jurídico como es el caso de los bienes jurídicos colectivos.<sup>37</sup>

También ha contribuido a este debate CARDOZO, quien en su tesis doctoral denominada “bases de política criminal y protección penal de la seguridad vial (especialmente sobre el artículo 379 del código penal)” dedica un capítulo a abordar dicha problemática, dando una visión crítica del tratamiento doctrinal del Derecho penal moderno. El autor reconoce que se podría aceptar que la actual sociedad de riesgos reclame del Estado una mayor protección, sin embargo, considera que estas exigencias no tienen que necesariamente provenir del Derecho penal, pero enfatiza que no se puede pretender excluirlo por completo. Poniendo énfasis en la necesidad de adecuación del Derecho penal a las nuevas realidades sociales, considerando que está

---

<sup>36</sup> PARIONA, Raúl. Ob. Cit., pp 161-162

<sup>37</sup> *Ibíd.*, p. 173

modernización es necesaria, sin abandonar un reparo en la forma en que esta se lleva a cabo.<sup>38</sup>

No corresponde a este trabajo ahondar más en dichos planteamientos, ya que este apartado sólo tenía una finalidad expositiva, es decir, se buscaba conocer algunas de las posturas que han manifestado los distintos sectores doctrinales respecto de un proceso que ha tenido una gran complejidad. Ante lo expuesto, es que se debe considerar como factor y eje principal de nuestra perspectiva la actual sociedad, entendida como una sociedad con una enorme complejidad, la cual se encuentra en un constante y acelerado proceso de cambio, es por ello, que no se debiera optar por una postura que no permita dilucidar la realidad actual.

## **2.2. Derecho penal de la ilustración en perspectiva con el Derecho penal moderno**

Mucho se ha hablado por una parte de la doctrina sobre el regreso al Derecho penal clásico, como es llamado por algunos el Derecho penal de la ilustración, y es precisamente en razón de aquello que surgen algunos cuestionamientos tales como: ¿Qué es el derecho penal de la ilustración? ¿Cuáles eran sus fundamentos? ¿Qué es aquello que lo diferencia del denominado Derecho penal moderno?

Se debe partir señalando que el Derecho penal de la ilustración surgió en el siglo de las luces<sup>39</sup>, ante aquello LÓPEZ afirma que se inicia un periodo humanitario, en el cual se comienza a cuestionar el rol del Derecho penal, considerándolo excesivamente

---

<sup>38</sup> Este fenómeno expansivo se ha plasmado en tendencia general y dominante en las legislaciones penales, es así, como CARDOZO expone que la expansión ya no se ve como algo negativo «como aquella inflación penal consensuadamente criticable por nefasta para las garantías y derechos del imputado», sino como una respuesta eventualmente válida por parte del Estado. Esto, en una posición contraria a lo señalado por Silva- Sánchez respecto a la expansión del Derecho penal. *Ibid.*, p 108

<sup>39</sup> GÜNTHER, Klaus. Amenazas a la libertad individual en el Derecho penal. *Revista Política Criminal* [online]. 2021, vol.16, n.31 [Fecha de consulta 03 Diciembre 2021], pp.437-438. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v16n31/0718-3399-politcrim-16-31-437.pdf>

represivo con la sociedad civil, además de abarcar un ámbito demasiado amplio, es en este momento en el cual se precisa su reducción, cobrando gran fuerza la idea de «Derecho penal mínimo».<sup>40</sup>

Este periodo fue visto como una revalorización del hombre y de su dignidad<sup>41</sup>, en el cual hubo un despertar hacia la «Razón», dejando atrás las obsoletas leyes y el obsoleto proceso criminal que imperaba en aquel tiempo, provocando una renovación en la importancia del Derecho penal, migrando hacia una “ciencia moderna del Derecho penal”.<sup>42</sup> En este periodo se sientan las bases del racionalismo, la secularización y la humanización, generando un cambio radical en el ámbito penal, tanto es así, que hubo un cambio en la forma que se percibía el delito, la pena y los mecanismos procesales, dejando atrás las bases del antiguo régimen.<sup>43</sup>

Este nuevo Derecho penal, así concebido en su época «fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX», más conocido actualmente como Derecho penal de la ilustración o por algunos como derecho penal Clásico, sentó sus bases en principios garantistas y limitadores del ius puniendi, los cuales han dado estructura al sistema penal, y que en nuestros días se encuentra en discusión.<sup>44</sup>

El Derecho penal de ilustración de base liberal, orientado a la libertad del individuo como uno de sus principales fundamentos, se caracteriza por ser de intervención mínima, basado en el respeto de las garantías constitucionales<sup>45</sup>; proteger

---

<sup>40</sup>LÓPEZ, Jacobo. El papel del Derecho penal en la segunda modernidad. En: DÍEZ, José. ROMERO Carlos María, GARCÍA, Luis, e HIGUERA, Juan (Eds). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos. 2002. P 326. ISBN: 84-309-3921-0

<sup>41</sup> PELAYO, Ángel. La humanización del Derecho penal y procesal. Razón y sensibilidad. *Revista derechos y libertades [online]*. 1999, n 4. [Fecha de consulta: 03 Diciembre de 2021], p 253. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1362/DyL-1999-IV-7-Pelayo.pdf?sequence=1>

<sup>42</sup>DE PABLOS, Marta. La influencia de la ilustración en el Derecho penal: revisión y actualidad. Tesis para optar al grado de ciencias políticas. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, Escuela de derecho. 2014. P 4

<sup>43</sup> PELAYO, Ángel. Ob. Cit., p 254

<sup>44</sup> DE PABLOS, Marta. Ob. Cit., p 6

<sup>45</sup> LASCANO, Julio. Ob. Cit., p 160

bienes jurídicos fundamentales, que se caracterizan por ser individuales<sup>46</sup>; la utilización de principios de imputación de responsabilidad individual<sup>47</sup>; además de la utilización preferente de delitos de lesión como el tipo normativo fundamental de las normas penales.<sup>48</sup>

El Derecho penal de la ilustración ha ido perdiendo cabida en la actual sociedad como ya se destacó en los apartados anteriores, la complejidad de la sociedad actual ha exigido una mayor intervención del Derecho penal, manifestándose aquello en una introducción de un mayor número de tipos penales, la agravación de los ya existentes, y la creación de nuevos bienes jurídicos.<sup>49</sup> Estos últimos se caracterizan especialmente por la protección de intereses colectivos<sup>50</sup>. Sumado a lo anterior, se encuentra una tendencia político- criminal predominante, que es la anticipación de la intervención penal en momentos anteriores a la puesta en peligro concreta o la lesión de un bien jurídico, todo esto a través de la tipificación de delitos de peligro abstracto, que en el último tiempo han tenido un aumento significativo.<sup>51</sup> Con todo lo anterior, se ha dado un fenómeno de criminalización muy por el contrario a lo que se pretendía hace un tiempo atrás<sup>52</sup>, es así, que el Derecho penal se ha convertido en una herramienta de fácil acceso para la sociedad actual, manifestándose un carácter simbólico que en algunos casos genera una ineficiencia instrumental.

En consecuencia con lo anterior, hay una parte de la doctrina que apunta a una flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantías<sup>53</sup>, situación que ha provocado en el ámbito del proceso penal una tendencia general a la reducción de las garantías en aras de una mayor eficacia

---

<sup>46</sup>FEIJOO, Bernardo. Ob. Cit., p 147; PARIONA, Raúl. Ob. Cit., p 156

<sup>47</sup>MENDOZA, Blanca. Ob. Cit., p 49

<sup>48</sup> PARIONA, Raúl. Ob. Cit., p 163

<sup>49</sup>SILVA, Jesús-María. Ob. Cit., p 20

<sup>50</sup> CORCOY, Mirentxu. Ob. Cit., p 20

<sup>51</sup> SÁNCHEZ, María. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. España: Ediciones Universidades de Valladolid, 1999. P 19

<sup>52</sup> LÓPEZ, Jacobo. Ob. Cit., p 332

<sup>53</sup> SILVA, Jesús- María. Ob. Cit., p 20

global en la persecución del delito.<sup>54</sup> Es así, como se reclama la vulneración de principios que fundamentaban en “núcleo” del derecho penal<sup>55</sup>, tales como el principio de taxatividad, el principio de subsidiariedad, el principio de imputación individual, el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, entre otros.

Todo lo anterior, ha ido moldeando lo que es el denominado Derecho penal moderno, el cual cuenta con características que le son propias y atribuibles a las exigencias que intenta satisfacer. En razón de aquello, es que en el próximo apartado se analizará con mayor profundidad lo que son sus características

### **3. DERECHO PENAL MODERNO Y SUS CARACTERÍSTICAS**

Como ya se dijo, el Derecho penal ha enfrentado diversos cuestionamientos en razón de que se ha alejado de manera significativa de lo que es el Derecho penal de la Ilustración, es por ello, que es de conveniencia analizar alguna de sus principales características, que posteriormente serán relevantes en cuanto al análisis de la figura que nos compete.

#### **3.1 Delitos de peligro abstracto**

Como ya se mencionó anteriormente, el Derecho penal moderno utiliza de manera preferente la técnica de los delitos de peligro abstracto, estos constituyen el instrumento principal a través del cual el legislador realiza una tutela penal anticipada<sup>56</sup>. Antes de profundizar en la implicancia que ha traído consigo aquello, es

---

<sup>54</sup> LASCANO, Julio. Ob. Cit., p 163

<sup>55</sup> Diversos autores concuerdan con el núcleo del derecho penal, entre ellos Hassemmer quien manifiesta “El Derecho Penal «clásico» tenía un núcleo ideal. Al núcleo del Derecho penal pertenecen los principios liberales de taxatividad y subsidiariedad, así como los delitos de lesión como tipo delictivo normal, este núcleo ideal se aleja el Derecho Penal moderno a velocidad creciente trayendo consigo problemas específicos para el Derecho Penal”. HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1991. p 237

<sup>56</sup> SÁNCHEZ, María. Ob. Cit., p 36

de importancia delimitar su concepto, los delitos de peligro abstracto se caracterizan por la utilización del “juicio de peligro”,<sup>57</sup> es decir, se presume por la ley que por el solo hecho de realizar una acción se ha puesto en riesgo un bien jurídico protegido.

CEREZO manifiesta que ha existido una desnaturalización de lo que es el concepto de delito de peligro abstracto, esto, como consecuencia del incremento desmedido que ha tenido esta figura. Este autor manifiesta que el legislador ha justificado en estos supuestos de incertidumbre acerca del saber científico causal en un principio de precaución, el cual se encuentra en contraposición al principio de prevención.<sup>58</sup>

En la actualidad el principio de precaución ha generado una ampliación de los delitos de peligro abstracto, incluyéndose muchas veces en ellos una mera sospecha de la producción de un daño grave e irreversible.<sup>59</sup> Se desprende de lo anterior, una situación preocupante ya que el principio de precaución muestra falencias en cuanto se basa en presunciones o meras sospechas, cuestión que provoca grandes cuestionamientos en virtud de los principios que rigen el Derecho penal.

---

<sup>57</sup> MALDONADO, Francisco. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal. *Revista de la justicia [online]*. 2006, n 7. [Fecha de consulta: 12 Diciembre de 2021], pp 38-39. Disponible en: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15082>

<sup>58</sup> La distinción entre ambos principios radica en que el principio de prevención o también conocido como de previsibilidad, tiene su base en leyes ya conocidas, mientras que el principio de precaución parte de la sospecha de riesgos graves e irreversibles que puede llevar consigo una determinada actividad, en este caso existe una incertidumbre acerca de los procesos causales que pueden desencadenar dichas actividades. La incertidumbre en estos casos cumple un rol preponderante, ya que esta puede afectar en ocasiones no solo a la reacción de causalidad entre la acción y el daño grave e irreversible, sino que además a la producción del mismo daño y a la cuantificación del riesgo y del daño. CEREZO, José. Los Delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo. *Revista Derecho penal y Criminología [online]*. 2002, n ° 10 [ Fecha de consulta 10 Diciembre 2021], pp 60-61. Disponible en: <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-10-5020&dsID=Documento.pdf>

<sup>59</sup> Loc. Cit.

Mucho se hablado de una utilización indiscriminada o desmedida de los delitos de peligro abstracto<sup>60</sup>, es menester mencionar que aquello deviene de un proceso de colectivización de los riesgos que irradió sus efectos al Derecho penal, provocando entre sus más significativas consecuencias el incremento de delitos de peligro abstracto,<sup>61</sup> los cuales otorgan una amplia flexibilidad que da paso a otra de las características más significativas del Derecho penal moderno que es la punición de bienes jurídicos colectivos, que muchas veces son configurados de manera vaga e imprecisa.<sup>62</sup>

Es así, como se intenta justificar la introducción de un mayor número de delitos de peligro abstracto en razón de la consecución de una mayor eficacia en la persecución de ciertos comportamientos, pero es allí donde surgen cuestionamientos respecto de su real efectividad, y sobre todo de su legitimidad<sup>63</sup>, en relación a esta última se critica el hecho que este modelo no cumple con las exigencias de los principios de lesividad y protección subsidiaria de los bienes jurídicos.<sup>64</sup>

En relación con los delitos de peligro abstracto lo que se hace es sancionar una conducta intrínsecamente peligrosa, sin embargo, esta peligrosidad no constituye ningún elemento del tipo, sino que solo es la razón para que exista la norma penal.<sup>65</sup> En esta misma línea, una cuestión sumamente relevante y cuestionable, dice relación con que la acción todavía no afecta a ningún bien jurídico<sup>66</sup>, por lo tanto, se puede apreciar que su punibilidad resulta de un adelantamiento a etapas previas, quedando en evidencia la vulneración al principio de lesividad. Lo anterior trae consigo la lesión de

---

<sup>60</sup>MENDOZA, Blanca. Ob. Cit., p 82; SÁNCHEZ, María. Ob. Cit., p 36; FLÁVIO, Luiz. Ob. Cit., p 340

<sup>61</sup>SANTANA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000. P 171

<sup>62</sup> *Ibid.*, p 173

<sup>63</sup>MENDOZA, Blanca Ob. Cit., p 81

<sup>64</sup> GRACIA, Luis. Ob. Cit., p 384

<sup>65</sup> PARIONA, Raúl. Ob. Cit., p 163

<sup>66</sup> RAMOS, María. SANÁIS, Sebastián. *Los delitos de peligro y el principio de lesividad*. Asociación argentina de profesores de Derecho penal, 2013 pp 3-4

otras garantías penales como lo son el principio de culpabilidad, proporcionalidad, y en algunos casos vulneraciones relativas al principio de legalidad.<sup>67</sup>

Una cuestión muy relevante de mencionar, dice relación con el principio de culpabilidad, respecto a aquello una parte de la doctrina considera que no hay lesión de un bien jurídico en los delitos de peligro abstracto, sino que existe solamente una conducta peligrosa<sup>68</sup>. Por lo que es sumamente importante que se pueda establecer un nexo causal entre la persona y sus consecuencias, para poder establecer si ella ha provocado efectivamente alguna lesión o circunstancia objetivamente peligrosa, de no ser así no se cumpliría con el principio de culpabilidad.

### **3.2 Bienes jurídicos colectivos**

Debemos partir delimitando lo que se entenderá por bien jurídico, cabe precisar en razón de la extensión de este trabajo no se entrará en las numerosas discusiones doctrinales de lo que ha sido la evolución del concepto, ni su funcionalidad, ya que el enfoque de este apartado dice relación con una característica relevante que tiene el Derecho penal moderno que es el aumento significativo de bienes jurídicos colectivos, por lo que la finalidad perseguida es saber qué son los bienes jurídicos colectivos y cómo ha influido su aumento significativo en el sistema penal.

Es por ello que comparte la concepción de bien jurídico de BUSTOS quien señala que este debe entenderse como “una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica”<sup>69</sup>. Para este autor el Derecho penal democrático sólo puede legitimarse a partir del bien jurídico, porque éste es una concreción del proceso democrático real. Es así, como los bienes jurídicos tienen entre sus funciones

---

<sup>67</sup> GRACIA, Luis. Ob. Cit., pp 383- 384

<sup>68</sup>CORCOY, Mirentxu. Ob. Cit., p 213

<sup>69</sup> CARRASCO, Edison. La “teoría material del bien jurídico” del sistema Bustos/ Hormazábal. *Revista Estudios penales y criminológicos [online]*. 2015, vol 35. [Fecha de consulta 10 Diciembre de 2021], p 247. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2769544](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2769544)

una fundamental, que es la función político- criminal, actuando como un límite al poder de definición del Estado, es decir, solo se pueden dictar normas penales en función de la protección de bienes jurídicos, no de sentimientos, ni valores ya sean ético o morales, es por ello, que se comparte la opinión mayoritaria respecto de considerar al bien jurídico como base irrenunciable de un sistema jurídico- penal racional.<sup>70</sup>

Pese a la conceptualización que se acepta en esta investigación sobre lo que es el bien jurídico, no se puede desconocer las consecuencias que ha traído consigo la complejidad de la sociedad actual, en la que existe una gran relatividad social<sup>71</sup> y una política criminal que ha tendido de cierto modo a la eficacia<sup>72</sup>. Es por ello, que en la actualidad cuando se habla de los bienes jurídicos señala HEFENDEHL “... se elige entre la vaguedad o la selectividad, en ocasiones utilizando una definición tan vaga que no enuncia claramente sus atributos, y funciona como cláusula general, o bien usamos un concepto que incluye únicamente a una parte de los bienes jurídicos protegidos y consentidos por nuestros Códigos penales.”<sup>73</sup>

Ahora bien, centramos la atención en lo que son los bienes jurídicos colectivos, es así, como BUSTOS conceptualiza los bienes jurídicos como “...una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema

---

<sup>70</sup> VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el «principio del daño». En: HEFENDEHL, Ronald (eds). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. 2007. P 37. ISBN: 978-84-9768-358-6

<sup>71</sup> HEFENDEHL, Ronald. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Derecho penal y Criminología [online]*. 2004, vol 25, n 76. [Fecha de consulta: 03 Diciembre de 2021], p 148. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1032>

<sup>72</sup> La determinación de la política criminal la cual se encuentra inspirada en el riesgo permanente propio de las sociedades postindustriales, tiene un objetivo claro, la inalcanzable búsqueda de altos niveles de seguridad en una población que se encuentra en una constante sensación de insatisfacción. CARDOZO, Rodrigo. Ob. Cit., p 122

<sup>73</sup> HEFENDEHL, Ronald. Ob. Cit., p 149

social”<sup>74</sup>. Estos bienes jurídicos, se caracterizan por poder ser disfrutados por cada uno de los miembros de la sociedad, no pudiendo relacionarse con un sector único, para delimitar aquello HEFENDHL manifiesta que se utiliza un concepto llamado «no-distributividad», este concepto establece cuando se estará realmente en presencia de un bien jurídico colectivo, es así, cuando este sea imposible conceptual, real y jurídicamente de dividir en partes y asignar a un individuo, se estará en presencia de un bien jurídico colectivo.<sup>75</sup>

El resurgimiento de las críticas al concepto de bien jurídico tiene estrecha relación con el aumento desmesurado de bienes jurídicos colectivos.<sup>76</sup> Ello se relaciona con las dificultades para delimitar su contenido<sup>77</sup> y a la vaguedad con la que en ocasiones son formulados.<sup>78</sup> Sumado a aquello, queda en incertidumbre en algunos casos en virtud de qué es lo que realmente se busca proteger; cómo se pueden lesionar realmente un determinado bien jurídico colectivo, y cómo realmente se puede diferenciar el ataque meramente administrativo a un ataque al Derecho penal.

En razón de aquello, es que BUSTOS manifiesta que estas críticas no afectan al concepto mismo de bien jurídico, sino al planteamiento material de su contenido<sup>79</sup>, que en muchos casos carece de precisión, sin embargo, aquello no le quita validez al concepto de bien jurídico, sino por el contrario, es por ello que este autor cita a PADOVANI quien manifiesta que se recurre a una “metáfora conceptual”, es decir, a

---

<sup>74</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. *Revista de Derecho penal* [online]. 2019, n 27 [Fecha de consulta: 03 Diciembre de 2021], p 470. Disponible en: <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/penal/article/view/1925/1619>

Santana define los bienes jurídicos colectivos como “aquello que afectan -o mejor sería decir, podrían afectar- a una generalidad de personas individuales, sin mediación de un ente institucional que opere como aglutinador de la protección penal: salud pública, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, falsificaciones, delitos contra la seguridad del tráfico, delitos contra la libertad y seguridad de los trabajadores, delito ecológico, etc.” SANTANA, Dulce María. Ob. Cit., pp 75-76

<sup>75</sup> HEFENDEHL, Ronald. Ob. Cit., p 150

<sup>76</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. Cit., p 469

<sup>77</sup> Loc. Cit.

<sup>78</sup> SÁNCHEZ, María. Ob. Cit., p 36; SANTANA, Dulce. Ob. Cit., p 38

<sup>79</sup> BUSTOS, Juan. Ob. Cit., p 470

un pretexto de bien jurídico que tiene por finalidad única ampliar arbitrariamente la intervención del Estado.<sup>80</sup>

Ante aquello, es que PARIONA señala que no se debe caer en el extremo de descalificar de plano todos los bienes jurídicos colectivos, al igual que todos delitos de peligro abstracto, por el contrario, se debe exigir un alto estándar en su utilización, limitando su uso a los criterios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad.<sup>81</sup>

### **3.3 Administrativización del Derecho penal**

Otra de las características del Derecho penal moderno, es la notoria administrativización que ha experimentado en el último tiempo. Es así, como queda en evidencia un notable entrecruzamiento entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. La llamada “administrativización” se caracteriza por la tutela penal de nuevas objetividades jurídicas de dudosa relevancia, creando nuevos delitos a partir de situaciones peligrosas para bienes jurídicos difusos; a su vez, abundan en este ámbito las remisiones a normas administrativas para integrar el tipo penal, con lo que se ponen en cuestión los principios de legalidad y tipicidad.<sup>82</sup>

SÁNCHEZ manifiesta su preocupación por la admisión desmesurada de este tipo de intereses en el ámbito penal, que puede provocar la pérdida de la perspectiva del individuo, y llevar a la protección de meras funciones sociales. Esta autora cita a BARATTA respecto de cómo la progresiva expansión de la protección penal en favor de intereses colectivos y funciones de la administración pública ha conducido a la

---

<sup>80</sup> *Ibíd.*, p 469

<sup>81</sup> PARIONA, Raúl. *Ob. Cit.*, p 164

<sup>82</sup> SILVA, Diego. Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador. En: DÍEZ, José Luis, ROMERO, Carlos. GARCÍA, Luis, HIGUERA, Juan (Eds). En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos. 2002. P 184. ISBN 84-309-3921-0

pérdida de nitidez de los límites entre un concepto de bien jurídico centrado en su función protectora.<sup>83</sup>

Es así, como el Derecho penal moderno se halla inmerso en la administrativización, asumiendo el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador, llegando a convertirse en un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales.<sup>84</sup> Ante lo anterior, es que Portilla cita a DIEZ RIPOLLÉS quien ha resaltado los peligros de la política criminal-administrativa, este autor considera que esta puede desembocar en el abandono de la protección de los derechos individuales frente al Estado a cambio de una mayor efectividad en la protección del delito.<sup>85</sup>

### **3.4 Efecto comunicativo simbólico y prima ratio en el Derecho penal**

Como se ha podido atisbar hasta ahora, el Derecho penal ha cambiado de manera significativa en base a las exigencias de la sociedad actual.<sup>86</sup> Parte de la doctrina, entre ellos DIEZ RIPOLLÉS manifiesta que el legislador de la sociedad actual ha hecho un uso ilegítimo del derecho penal para producir en la sociedad un efecto que en la mayoría de las ocasiones es meramente simbólico. En este sentido este autor destaca el creciente protagonismo de los medios de comunicación,<sup>87</sup> en este mismo sentir MENDOZA destaca lo problemático que es cuando el destinatario de todas las exigencias de seguridad por parte de la comunidad, de los medios de comunicación e incluso las propias autoridades recaen sobre el Derecho penal<sup>88</sup>, es así como en base a las problemáticas sociales imperantes, se han llegado a dictar normas con un carácter

---

<sup>83</sup> SÁNCHEZ, María. Ob. Cit., pp 73-74

<sup>84</sup> SILVA, Jesús María. Ob. Cit., p 130

<sup>85</sup> PORTILLA, Guillermo. *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. P 74

<sup>86</sup> SÁNCHEZ, María. Ob. Cit., p

<sup>87</sup> DÍEZ, José. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Revista del instituto de investigaciones jurídicas [online]*. 2003. [Fecha de consulta: 05 Diciembre de 2021]. P 148. Disponible en: <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/8el-derecho-penal-simbolico-y-los-efectos-de-la-pena.pdf>

<sup>88</sup> MENDOZA. Blanca. Ob. Cit., p 32

ineficaz, todo esto, por la búsqueda de una solución más sencilla, en la cual no se asume las tareas que se orientan a la satisfacción efectiva de los intereses generales de la colectividad, sino que buscan únicamente producir en la opinión pública la impresión tranquilizadora, en la cual el legislador actúa de manera efectiva.<sup>89</sup>

A lo largo de esta exposición de lo que es el Derecho penal moderno se ha vislumbrado otra de sus características principales, que es su carácter *prima ratio*, el cual se encuentra en contraposición con uno de los principios fundamentales que caracteriza el núcleo del Derecho penal de la ilustración, que es el principio de *ultima ratio*, que implica recurrir al Derecho penal en última instancia, es decir, cuando las otras formas de control social sean incompatibles o hayan fracasado.<sup>90</sup>

Respecto de la postura que aquí se sostiene, no se pretende excluir al Derecho penal moderno, ni menos invalidar su rol en la sociedad, sin embargo, es importante mencionar que este no se puede ni debe ser visto como la única solución a las exigencias de la sociedad actual, ya que son diversos los instrumentos a los que se puede recurrir antes de llegar a la utilización prioritaria del Derecho penal. En esta misma línea, tampoco se pretende dar una connotación perversa a lo que son los bienes jurídicos colectivos, pero si se está de acuerdo que estos deben ser formulados en términos claros, no dejando espacios para interpretaciones o presunciones que puedan ser hechas de manera arbitraria. Asimismo, ocurre con los delitos de peligro abstracto, no se debe hacer un uso desmesurado de esta técnica de tipificación con la finalidad del adelantamiento de la tutela penal, que pueda provocar que se protejan intereses difusos que solo buscan generar una falsa sensación de inseguridad, y que realmente no solucionan el problema real. En consecuencia, no se debe negar la expansión siempre y cuando se respeten los principios básicos del Derecho penal de un Estado democrático y de Derecho.

---

<sup>89</sup> MALDONADO, FRANCISCO. *Derecho penal excepcional y delincuencia cotidiana. Reflexiones sobre la extensión y alcances de los nuevos modelos de la legislación penal*. RODRÍGUEZ, LUÍS, coord. En: Derecho, Pena y Delito. Santiago: Editorial jurídica, 2008, p 79. ISBN 978-956-10-1876-1

<sup>90</sup> MUHR, Benjamín, Ob. Cit., p 21

## CAPÍTULO II

### CORRUPCIÓN Y DELITOS FUNCIONARIOS

#### 1 CORRUPCIÓN

##### 1.1 Aspectos generales de la corrupción

Existe un consenso en que en la década de los noventa irrumpió con gran fuerza el fenómeno de la corrupción<sup>91</sup>, diversos países presentaron casos graves de corrupción tanto en instituciones públicas como privadas, quedando en evidencia numerosos caso de enriquecimiento privado de políticos y de altos funcionarios que se aprovecharon de su posición ventajosa derivada de su función pública<sup>92</sup>.

Pese a esto, no debiera concebirse el fenómeno de la corrupción como característico de nuestra época<sup>93</sup>, ni tampoco como propio de determinadas áreas

---

<sup>91</sup> RODRÍGUEZ, Luis. OSSANDÓN, María. *Delitos contra la función pública*. 2° ed. Chile: Editorial jurídica de chile, 2014. p.19-20

<sup>92</sup> Loc. Cit.

<sup>93</sup> Desde el antiguo Egipto encontramos manifestaciones de aquello, es así como el primer caso documentado de corrupción del cual se tiene conocimiento remonta al reinado de Ramsés IX, 1000 a.c, en Egipto. Un investigador Egipto llamado Ahmad Saleh fue quien descifró la inscripción que contenía un papiro en el cual se cuenta la historia de un funcionario de Tebas, quien dirigía una organización en acuerdo con una banda de saqueadores de Tumba. RAMÍREZ, Guillermo. MARTÍNEZ, Carlos. Comentarios relevantes sobre el índice de confiabilidad en los funcionarios judiciales del Estado de Tabasco. *Revista Derecho glob. Estud. sobre derecho justicia [online]*. 2017, vol.2, n.6 [Fecha de consulta 18 Agosto 2021], pp.145-164. Disponible en: <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i6.94>.

geográficas o culturales, ya que los actos de corrupción ocurren indistintamente, en países pobres y en países industrializados; en democracias<sup>94</sup> y bajo dictaduras militares; en todos los niveles de desarrollo y en todos los tipos o sistemas económicos.<sup>95</sup> Es por ello que debe entenderse la corrupción como un fenómeno de ámbito mundial, el cual se ha ido desarrollando con celeridad a lo largo de la historia<sup>96</sup>, formando parte de la sociedad y moldeando las relaciones humanas, sin hacer distinción en las clases sociales, y afectando de manera transversal a todos los países del mundo, siendo una amenaza cada vez mayor para la democracia, el Estado de Derecho y el buen funcionamiento de un país.

## 1.2 Delimitación del concepto de corrupción

La corrupción es un fenómeno que ha ido evolucionando de manera constante a lo largo del tiempo, que se ha adaptado a factores históricos, políticos y sociales. Esta situación ha dificultado que se pueda tener un concepto único, ya que este varía dependiendo de la disciplina en la cual se aborde. Por lo que es importante delimitar lo que se va a entender por corrupción, y más aún desde la disciplina desde la cual se abordará, es ello que para efectos de esta investigación se tratará desde la ciencia jurídico- penal. Es así, cuando se habla de corrupción se reconoce la complejidad del concepto y su delimitación, esto asociado a la vaguedad del término<sup>97</sup>, por lo que se

---

<sup>94</sup> En el estudio sobre la corrupción de Latinoamérica se señala “Los ejercicios de las encuestas identifican también la corrupción como uno de los principales factores que obstaculizan el desarrollo de la democracia”. Lo anterior, deja evidencia que los actos de corrupción minan los valores y principios de la democracia, y el impacto que genera en la sociedad, perdiendo la confianza en las decisiones del gobierno, lo que limita los alcances de la acción colectiva, al tiempo que corrompe los mecanismos y objetivos propios de la democracia. ASTRANA, Alejandro. Estudio sobre la corrupción en América Latina. *Revista mex. opinión pública* [online]. 2019, n.27 [Fecha de consulta: 01 Octubre 2021], pp.13-40. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/fcpys.24484911e.2019.27.68726>.

<sup>95</sup> RODRÍGUEZ, Luis. OSSANDÓN, María. Ob. Cit., p 20

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. P.17

<sup>97</sup>La vaguedad del concepto de corrupción, estaría asociada al “significado de las palabras,” esto referido a la indeterminación de sus límites, resultando difícil determinar con precisión si un objeto cae dentro o fuera de su denotación, por lo que se podría entender que al momento de concretar el concepto de corrupción nos encontramos ante un problema imperativo relacionado al uso que se hace del concepto de corrupción. ARTAZA, Osvaldo. La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho. *Revista Política Criminal* [online]. 2016, vol.11, n.21 [Fecha

debe reconocer una serie de atributos que debe presentar una conducta para que le sea atribuible el sentido de corrupta.

Nuestro ordenamiento jurídico no contiene una definición de lo que se debiese entender por corrupción, y a nivel legislativo sólo encontramos acercamiento de este concepto a través de los tratados internacionales<sup>98</sup>, como lo es la Convención Interamericana contra la Corrupción que, si bien no tiene una definición del vocablo, señala lo que se entenderá por corrupción a través de los comportamientos que deben ser catalogados como “actos de corrupción”.<sup>99</sup>

En el ámbito jurídico se enfatiza la protección de los derechos de las personas y el aseguramiento de las condiciones básicas para que éstas se desarrollen en el plano espiritual y material<sup>100</sup>, es por ello que se entiende al individuo como destinatario de una serie de prestaciones que implican la actuación de un conjunto de entes que tiene por finalidad aquellas necesidades, que son entendidas como el interés general.<sup>101</sup> El Estado tiene como labor servir con objetividad a los intereses generales de la población, cumpliendo dicha labor institucional a través de la administración pública, por lo que dicho interés general se encuentra configurado como principio constitucionalizado (artículo 4 inciso uno), en por ello que la actuación de la administración pública debe estar guiada a la búsqueda y persecución del interés público, sin apartarse a otros fines.<sup>102</sup>

---

de consulta 04 Septiembre 2021], pp.307-339. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000100011>.

<sup>98</sup> RODRÍGUEZ, Luis. OSSANDÓN, María. Ob.Cit., p.88

<sup>99</sup> DEPARTAMENTO de derecho internacional. Organización de los Estados Americanos [online]. [Fecha de consulta 17 septiembre 2021]. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corruptcion.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion.asp)

<sup>100</sup>El desarrollo material y espiritual, es consagrado en la Constitución Política de la República en el capítulo I denominado bases de la institucionalidad, en su artículo 1 inciso 4, el cual señala “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos ya cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

<sup>101</sup> RODRÍGUEZ, Luis. OSSANDÓN, María. Ob. Cit., p 88-89

<sup>102</sup> OKSENBERG, Daniel. FLORES, Cristián. Principios de legitimación del ius puniendi estatal en el derecho administrativo sancionador: revisión crítica. Memoria para optar al grado de Licenciado en

Para los fines de este trabajo, se entenderá por corrupción<sup>103</sup> siguiendo a KINDDHÄUSER citado por Mañalich como la “vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido”<sup>104</sup>. El autor señala que para que exista corrupción se deben dar algunos presupuestos, en primer lugar, que una persona se encuentre habilitada para ejercer algún poder de decisión en interés de otro; en segundo lugar, que el ejercicio de ese poder de decisión quede vinculado a la obtención de una ventaja indebida; y tercero, que el carácter indebido de esa ventaja se funde en la incompatibilidad entre la obtención de la ventaja y la promoción del interés al que ha de servir el ejercicio del poder de decisión en cuestión.

### 1.3 Impacto de la corrupción

La corrupción debe ser concebida como un fenómeno social, político, jurídico, cultural y económico <sup>105</sup>, que amenaza la estabilidad y seguridad de las sociedades,

---

Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile. Universidad de Chile, Facultad de derecho, Departamento de Derecho Público. 2009. P. 66-69

<sup>103</sup> Del informe de la comisión nacional de ética pública sobre la probidad pública y la prevención contra la corrupción, se desprende “Hay corrupción cuando un agente público en el ejercicio de sus funciones que le atribuye la legislación vigente, y a través de las mismas, consigue un beneficio privado. En las conductas corruptas hay una desviación de las obligaciones normales que incluye una función pública y la violación de las normas legales que la regulan, con el propósito de satisfacer un interés privado.” CHILE. Comisión Nacional de Ética. Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la probidad pública y la prevención de la corrupción. *Revista de ciencia política [online]*. Enero de 2020. Vol.18, no 1-2 (1996). [Fecha de consulta: 21 Septiembre 2021]. Disponible en: <http://ojs.uc.cl/index.php/rcp/article/view/11286>

Otra definición que es ampliamente aceptada, pero que abarca una visión amplia de la corrupción es la que entrega transparencia internacional, quien define corrupción como “El abuso de poder para el beneficio propio”. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Radiografía de la corrupción: Ideas para fortalecer la probidad en Chile*. Santiago.2020. p.20

Otra acepción, según su sentido natural y obvio, es aquella que señala la RAE.

Corrupción «en las organizaciones, especialmente en las públicas, sería la práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores» DICCIONARIO de la lengua española [en línea]. 23 ed. España: Real Academia Española. 2014 [fecha de consulta: 01 octubre de 2021]. Consultado en: <https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>

<sup>104</sup> MAÑALICH, Juan. La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación. *Revista de Estudios de Justicia [online]*. Diciembre 2015, no 23. [Fecha de consulta 01 octubre 2021]. pp.93-105. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/38977/40615>

<sup>105</sup> TABLANTE, Carlos. MORALES Mariela. (eds.). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. México: Instituto de estudios constitucionales del Estado de Querétaro.2008. p. 19

poniendo en vilo los valores democráticos. Así se evidencia en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción en la cual se pone de manifiesto que “La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad (...)”.

La corrupción tiene efectos negativos que constituyen un elemento propio y preponderante, que producen efectos de gran intensidad en las distintas áreas de desarrollo, generando consecuencias tan significativas como lo son<sup>106</sup>:

- a) Disminución del crecimiento económico y desarrollo en países pobres, lo cual genera una exacerbación de la pobreza y la inestabilidad política.
- b) Efectos económicos medianamente severos y un estancamiento en la mejora de los estándares de vida en los países industrializados.
- c) Exacerbación de las desigualdades en el ingreso al aumentar el poder de aquellos que se encuentran en posición de efectuar un pago ilícito.
- d) Debilitamiento de la legitimidad política, provocando una lejanía de la ciudadanía de su liderazgo político, generando una ineficacia en el gobierno.
- e) Efecto circular entre la corrupción y el estancamiento económico, generando menores tasas de crecimiento del producto.
- f) Distorsión en la asignación de los beneficios económicos, situación que provoca un favorecimiento de las personas que tienen más por sobre los más desprotegidos.
- g) Asignación errónea de recursos en áreas tan importantes como salud, telecomunicaciones, vivienda, educación, entre otras.
- h) Perjuicios provocados en los temas impositivos, en dicho sentido la corrupción se manifiesta en los códigos tributarios confusos, oscuros en términos de derechos y obligaciones, en virtud de aquella situación se requiere muchas veces la contratación de especialistas en técnicas impositivas para entender y cumplir con la misma, lo que

---

<sup>106</sup> RODRÍGUEZ, Luis. OSSANDÓN, María. Ob. Cit., p.51- 59

provoca muchas veces estos funcionarios desarrollen paralelamente trabajos a grupos de ingresos más altos los cuales buscan eludir o evadir la responsabilidad tributaria.

i) Quebrantamiento en la tarea de recaudación de impuestos y en las oficinas que administran el gasto público, generando esta situación los nexos delictivos más fuertes, dando los efectos más negativos en relación con el bienestar de la sociedad.

j) Efectos devastadores en ámbitos tales como seguridad, salud y medioambiente.

k) Debilitamiento del sistema democrático, producido por el debilitamiento de la legitimidad política del Estado.

l) Efectos perjudiciales a nivel individuo como lo son la violación de los derechos humanos, se lesionan los principios básicos de la democracia, implicando una grave alteración de los procedimientos que garantizan el acceso a los bienes sociales en condiciones de igualdad, además de la existencia de un debilitamiento institucional, estas situaciones provocan que las garantías del Derecho desaparezcan, provocando que los derechos sean relativizados.<sup>107</sup>

m) Efectos perjudiciales en los sistemas de Salud en tiempos de pandemia, la corrupción puede disminuir la capacidad de respuesta a la pandemia e impedir asistencia sanitaria a muchas comunidades. Transparencia Internacional advierte que la corrupción encuentra terreno fértil para prosperar en tiempos de crisis, sobre todo cuando existen mecanismos débiles de supervisión, y poca confianza por parte de los ciudadanos en las entidades públicas. En razón de ello, es que la adquisición de medicamentos y suministros a los sistemas de salud, es uno de los sectores más vulnerables y que se encuentran más propensos a ser objeto de corrupción.<sup>108</sup>

Se desprende de lo anterior, las terribles consecuencias que acarrea para la sociedad el fenómeno de la corrupción, siendo considerado un obstáculo para la lucha contra la pobreza y el desarrollo de los países. Su impacto afecta de manera transversal las diversas áreas de desarrollo social. Es por ello, que debe entenderse como un

---

<sup>107</sup> TABLANTE, Carlos. MORALES, Mariela. (eds.). Ob. Cit., p. 14-15

<sup>108</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL. [Fecha de consulta: 20 de septiembre 2021]. Disponible en: <https://www.transparency.org/es/news/corruption-and-the-coronavirus>

fenómeno de alta complejidad y tedioso en su lucha, en el cual deben participar para aminorar sus efectos los múltiples actores de la sociedad.

La Contraloría General de la República en su libro “Radiografía de la corrupción: Ideas para fortalecer la probidad en Chile” del año 2020, revela que la percepción de un aumento de los hechos de corrupción constituye una situación generalizada en la sociedad chilena, donde el 77% de las personas encuestadas indica que Chile es un país corrupto o muy corrupto<sup>109</sup>. Dicha situación ha provocado una pérdida de confianza en las autoridades públicas, constituyéndose como una amenaza al propósito de construir una administración pública dotada de legitimidad, que cuente con los recursos necesarios para alcanzar su fin que es la persecución del interés público.

En razón de lo anterior, es que dicho libro señala los factores que aumentan los riesgos de corrupción, estos desde el rol y la perspectiva de los órganos de control, favoreciendo la articulación de un clima propenso al surgimiento de malas prácticas administrativas. Dichos factores de riesgo de corrupción son: la opacidad, la falta de control, el entramado normativo, la debilidad institucional, el bajo compromiso de la alta dirección y la lealtad mal entendida.<sup>110</sup>

En consecuencia, es importante comprender la complejidad del fenómeno de la corrupción, y que ninguna organización se encuentra inmune a caer en algún acto de corrupción, ya que entre sus principales características se encuentra la cautela y el ocultamiento. Por lo que es relevante tener en consideración los factores anteriormente señalados, ya que, si bien a existencia de esos factores no conlleva la existencia de hechos de corrupción, si crean un clima favorable para el desarrollo de malas prácticas e irregularidades que dañan la legitimidad de las instituciones públicas, socavando los valores de la democracia y la justicia.

---

<sup>109</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Ob. Cit., p. 6

<sup>110</sup> *Ibíd.*, p 28 -31

## 1.4 Chile y la lucha contra la corrupción

La corrupción no ha sido una característica esencial de la historia de nuestro país, por el contrario, Chile posee una larga historia de probidad<sup>111</sup>. Sin embargo, en las últimas décadas esta situación ha ido cambiando, su desarrollo se ha dado de forma exponencial, adquiriendo cada vez más relevancia y generando una gran preocupación en la población. En razón de ello, se evidencian bajos niveles de confianza institucional, que han sido fruto de un creciente y prolongado malestar que se ha ido desarrollando a lo largo de los años.

Los niveles de confianza en las instituciones han ido bajando, contrario a lo ocurrido con la percepción de corrupción por parte de la ciudadanía, la cual ha experimentado un alza significativa.<sup>112</sup> En razón de lo anterior, es que RÍOS QUINTERO, expone que el índice de percepción de la corrupción incide de manera directa sobre los niveles de confianza institucional, en ese sentido los ciudadanos desconfían aún más, al sentirse vulnerados y pasados a llevar por aquellos que incurren en este abuso de poder para beneficio propio.<sup>113</sup>

El aumento en la percepción de la corrupción, ha tenido fundamento en diversos escándalos de corrupción ocurridos en nuestro país, que han generado gran conmoción a nivel nacional, entre los cuales podemos mencionar:

---

<sup>111</sup> ORELLANA, Patricio. Chile, un caso de corrupción oculta. *Revista de sociología, Universidad de Chile [online]*. 2007, no 21. [Fecha de consulta: 02 septiembre 2021]. p. 258. Disponible en: <https://revistadesociologia.uchile.cl/index.php/RDS/article/view/27528>

<sup>112</sup> RÍOS, Camila. El quiebre de la confianza institucional como motor de la crisis social. Tesis para optar al grado de Magíster de Políticas Públicas. Chile, Universidad del Desarrollo, Facultad de Gobierno. 2020. pp. 33-34

<sup>113</sup> *Ibid.*, p 42

- Caso Codelco (1994)<sup>114</sup>: La corporación reveló la pérdida de US\$200 millones, atribuida a un ejecutivo de la empresa, quien recibió comisiones millonarias por alrededor de USD \$100 millones por parte de una compañía llamada brockers internacionales.
- Caso Penta (2013)<sup>115</sup>: Caso de fraude al fisco, en el cual hubo un aprovechamiento de un error del sistema electrónico del Servicio de impuestos internos, a través del cual Iván Álvarez realizó modificaciones a las declaraciones de renta de las empresas, obteniendo de ello una ganancia. Dichas alteraciones de las declaraciones permitían obtener una devolución de impuestos más alta a la correspondiente.
- Caso sobresueldos y MOP-Gate (2020)<sup>116</sup>: En su oportunidad se revelaron acusaciones sobre el pago de coimas y esquemas de triangulación, esto tenía como finalidad financiar indirectamente remuneraciones de funcionarios públicos adscritos a la unidad de obras públicas que ejecutaban “funciones críticas”, evidenciándose en pago de sobresueldos a ministros de Estado.
- Caso Chiledeportes (2005)<sup>117</sup>: La divulgación de una serie de irregularidades en la subsecretaría del deporte, en la cual se les adjudicó proyectos por asignación directa a autoridades de chiledeportes, cursos impartidos a personas.
- Caso SQM (2015)<sup>118</sup>: Este caso involucró a la Sociedad Química y Minera de Chile (SQM), producto de una investigación realizada por la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), actual Comisión para el Mercado Financiero (CMF), dicha

---

<sup>114</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Ob. Cit., p. 151

<sup>115</sup> CUBILLOS, Sofia. Revisión de criterios jurisprudenciales sobre peligro para la seguridad de la sociedad en la aplicación de la medida de prisión preventiva en casos de delitos económicos de alto impacto mediático. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile, Universidad de Chile, Facultad de derecho, Departamento de Derecho Procesal. 2018. p 29-31

<sup>116</sup> BRAVO, María. La corrupción y la restauración del orden. Una aproximación al procedimiento discursivo del mercurio y las últimas noticias. Tesis para optar al grado de Magíster en Comunicación Política. Chile, Universidad de Chile, Instituto de la Comunicación y la Imagen, Magíster en Comunicación Política. 2008. P 4-5.

<sup>117</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Ob. Cit., p. 151

<sup>118</sup> TORRES, Felipe. Incertidumbre política y precio de las acciones: evidencia del caso sqm en Chile. Tesis para optar al grado de magíster en finanzas. Chile, Universidad de Chile, Posgrado en economía y negocios. 2018. P. 6-8

investigación arrojó antecedentes de delitos vinculados al pago de facturas y boletas falsas para financiar a políticos y sus partidos<sup>119</sup>.

- Caso milicogate (2015)<sup>120</sup>: Este caso involucra a personal del ejército de Chile en la desviación de fondos de la ley de reserva del cobre. El modo de operar consistía en la emisión de facturas o boletas, muchas de ellas falsas, por compras de material bélico que nunca existió o por reparaciones del mismo material que nunca se hicieron. Dicha situación fue descubierta por el periodista Mauricio Weibel publicada en el diario The Clinic.
- Caso luminarias Led (2018 / caso en desarrollo)<sup>121</sup>: Este caso involucra a la empresa Itelecom, a un funcionario del Ministerio de Energía y a distintos municipios. A la empresa Itelecom se le investiga por una red de corrupción, respecto a pagos millonarios en coimas en al menos 11 municipios, además de funcionarios del ministerio de energía. La investigación comenzó en el 2018 en la ciudad de Iquique, por un presunto caso de corrupción respecto de las licitaciones de luminarias públicas de la empresa en cuestión, siendo el objetivo de la empresa adjudicarse importantes licitaciones de luminarias led.

---

<sup>119</sup> Un escándalo de porciones en el mundo de la política provocó el caso SQM, ya que se vieron involucrados políticos, sus asesores y familiares, los cuales fueron pagados por la empresa por servicios inexistentes o desarrollados de manera irregular. Los partidos políticos involucrados son Políticos, sus asesores, familiares, entre otros, fueron pagados por SQM por servicios que se desarrollaron de manera irregular e incluso inexistente. Luego, este dinero sería traspasado a las arcas de los partidos políticos, violando las leyes de financiamiento de la política. Los partidos involucrados en dicho financiamiento son UDI, RN, DC, PS, PPD, PR y PRO. Lo anterior, provocó un gran desprestigio en la política, afectando de manera transversal al senado, la cámara de diputados, las coaliciones políticas y los niveles de aprobación del gobierno de turno. *Ibíd.*, p. 7

<sup>120</sup>VILLEGAS, Myrna. Corrupción y criminalidad organizada: Aproximaciones al terrorismo, contraterrorismo y tráfico de armas. *Revista de estudios de la justicia [en línea]*. Junio 2008, no.28. [Fecha de consulta: 22 septiembre 2021]. pp. 51-76. DOI 0.5354/0718-4735.2018.50371. Disponible en: <https://revistaderechoeconomico.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/50371/52818>

<sup>121</sup> Caso luminarias LED: formalizan a cuatro imputados, incluyendo a exfuncionario del ministerio de energía. *El mostrador [online]*. Santiago, 16 de abril de 2021. [Fecha de consulta: 22 septiembre 2021]. Sección País. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/dia/2021/04/16/caso-luminarias-led-formalizan-a-cuatro-imputados-incluyendo-a-exfuncionario-del-ministerio-de-energia/>  
REYES, Carlos. Para entender: ¿Qué es el caso luminarias, por el cual allanaron la municipalidad de Recoleta? *La tercera [online]*. Santiago, 08 de enero de 2021. [Fecha de consulta: 22 septiembre 2021]. Sección de política. Disponible en: <https://www.latercera.com/politica/noticia/para-entender-que-es-el-caso-luminarias-por-el-cual-allanaron-la-municipalidad-de-recoleta/VR4OMAGHARC25NCFQ5UQTKVPPA/>

No se puede desconocer el daño e impacto que generan en la sociedad los casos de corrupción que afectan al sector público. Sin embargo, no es posible afirmar que nuestro país se encuentre sumido en el fenómeno de la corrupción ya que, de acuerdo a los datos entregados por Transparencia Internacional, organismo encargado de elaborar el Índice de Percepción de la Corrupción<sup>122</sup>, nuestro país se encuentra en el lugar 25 del ranking internacional del 2020<sup>123</sup> evaluado entre 180 países, posicionándose dentro de los treinta primeros países del mundo en materia de anticorrupción. Pese a la buena percepción de transparencia a nivel internacional no se puede dejar de mencionar que Chile no ha logrado mejorar sus puntuaciones de manera significativa en los últimos años, llegando a hablarse de un estancamiento de la lucha contra la corrupción en nuestro país.

En razón de ello, es que nuestro país ha intentado establecer un sistema anticorrupción, para combatir este fenómeno, esto a través de distintas instituciones, todo ello con la finalidad de fortalecer la probidad en el sector público. Estas instituciones que integran dicho sistema son: Contraloría General de la República, Ministerio Público, Consejo de Defensa de Estado, Unidad de Análisis Financiero, Consejo para la Transparencia, Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, Comisión de Integridad Pública y Transparencia, y por último la Fiscalía Nacional Económica.<sup>124</sup> Como se puede apreciar son múltiples las instituciones que trabajan en la lucha contra la corrupción, entregando cada una de ellas herramientas que puedan contribuir a dicho fin.

---

<sup>122</sup> Transparencia Internacional es una organización de la sociedad civil que lidera la lucha contra la corrupción desde el año 1995. En la actualidad transparencia internacional es uno de los dos indicadores internacionalmente aceptados para evaluar el índice de percepción de la corrupción. Este ranking mide la percepción de transparencia que hay en el sector público, a través de un índice compuesto por un conjunto de encuestas y evaluaciones de corrupción de una variedad de instituciones acreditadas. En nuestro país fue creado “Chile transparente” en el año 1998, y comenzó a operar como capítulo chileno de transparencia internacional en el año 2002 con la finalidad de lucha contra la corrupción.

<sup>123</sup> CHILE TRANSPARENTE. Chile Transparente: Transparency International [online]. [Fecha de consulta: 22 septiembre 2021]. Disponible en: <https://www.chiletransparente.cl/>

<sup>124</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Ob. Cit., p. 37-39

En el ámbito internacional se ha buscado hacer frente al fenómeno de la corrupción, bajo la creación de diversos instrumentos que buscan contribuir a esta lucha<sup>125</sup>. En razón de ello, y de la gran preocupación que genera la corrupción en el ámbito público, es que nuestro país ha adoptado dos instrumentos internacionales muy importantes. El primero de ellos fue celebrado a fines de la década de los noventa por los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), los cuales suscribieron la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)<sup>126</sup>, la cual busca prevenir, detectar, sancionar, erradicar y facilitar la lucha contra la corrupción. El segundo instrumento internacional adoptado por nuestro país fue la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), dicho instrumento busca que se adopten medidas preventivas y que se tipifiquen las formas de corrupción más frecuentes en el sector público y privado, además de promover y fortalecer las medidas tendientes a prevenir y combatir de la manera más eficaz la corrupción.

En consecuencia, diversos países han llevado a cabo una reforma a la legislación penal relativa a los delitos vinculados con el ejercicio de la función pública, esto en base a las orientaciones contenidas en los instrumentos internacionales suscritos.<sup>127</sup> Nuestro país no ha quedado al margen de dicha situación, es por ello que se han introducido diversas reformas al código penal en atención a la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los ya existentes. Un ejemplo muy

---

<sup>125</sup> Sumado a la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (AUCPCC), se encuentra un amplio conjunto de tratados, acuerdos y estándares dictados a través de organismos internacionales. Algunos ejemplos de estos acuerdos y estándares adoptados por la comunidad internacional son: la modificación hecha en 1996 por el Banco Central con la finalidad de protegerse de la corrupción en las adquisiciones gubernamentales para los proyectos que financia, la reunión ministerial realizada en Singapur por la Organización Mundial de Comercio (OMC), la recomendación realizada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) a los estados miembros. Todos estos acuerdos, tratados y recomendaciones tienen por finalidad servir de marco de referencia que los gobernantes deben adoptar para minimizar la corrupción entre sus funcionarios y para que sus instituciones funcionen en forma más transparente.

<sup>126</sup> DEPARTAMENTO de derecho internacional. Organización de los Estados Americanos [online]. [Fecha de consulta: 17 septiembre 2021]. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corruptcion.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion.asp)

<sup>127</sup> OLIVER, GUILLERMO. “Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito”. En: RODRÍGUEZ, Luis. *Delito, pena y proceso*. Santiago: Editorial jurídica de Chile. P 463-464

relevante para el fin perseguido por esta investigación, es la ley 19.645, la cual introdujo modificaciones al código penal, especialmente al título V del libro II, sobre crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos. En dicha reforma se introdujo un cambio en la fisonomía del tipo de cohecho; el perfeccionamiento de los tipos de exacciones ilegales, concusión y negociaciones incompatibles; y la creación de nuevos tipos, como el tráfico de influencias y el uso indebido de información privilegiada.<sup>128</sup> De igual forma se destaca la ley 20.088 la cual introdujo el enriquecimiento ilícito, delito que será objeto de estudio más adelante.

## **2. DELITOS FUNCIONARIOS**

### **2.1 Consideraciones generales**

El Derecho penal ha buscado la forma de enfrentar el fenómeno de la corrupción, sin embargo, esta última no es una categoría que se pueda utilizar dentro de la parte especial del Derecho Penal, ya que aceptamos que la estructuración dogmática ha de ser efectuada en torno al bien jurídico protegido, por lo que no podría ser reducida al concepto de corrupción.<sup>129</sup>

En razón de ello es que RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, advierten que al hablar de “delitos contra la función pública” no se debe aludir a ningún cometido estatal particular, ya que estos se refieren indistintamente a las actividades legislativas, administrativas y jurisdiccionales.<sup>130</sup> Cabe mencionar, que el Código Penal Chileno no contempla un apartado que agrupe los delitos que atentan contra la función pública. Por una parte, hay un grupo de delitos que se encuentra reunidos en torno a la figura

---

<sup>128</sup> RODRÍGUEZ, Luis. OSSANDÓN, María. Ob. Cit., p. 85-86

<sup>129</sup> Ibid., p. 11

<sup>130</sup> Ibid., p. 12

del sujeto activo, que en la gran mayoría de los casos es un funcionario público<sup>131</sup>, por otro lado, existe un grupo pequeño de delitos reunidos en torno a una modalidad ejecutiva que es la falsedad.<sup>132</sup>

Ante lo expuesto, la doctrina considera que la agrupación de estos delitos debió efectuarse en torno al bien jurídico protegido, que no del todo consensuado se ha identificado como el correcto desempeño de la administración pública en el caso de aquellos que se encuentran reunidos en torno a la figura del sujeto activo, y el correcto desempeño de la función jurisdiccional en el caso de los delitos reunidos en torno a la modalidad ejecutiva de falsedad.<sup>133</sup> Es importante precisar que el objeto de interés de este apartado serán los delitos del Título V del libro II del código penal, específicamente cuando se estudie el bien jurídico que se protege en estos delitos.

Con la finalidad de avanzar en la legislación penal es que el legislador ha promulgado leyes cuyo objeto ha sido introducir nuevos tipos penales o modificar los ya existentes en torno a los delitos funcionarios. Algunas de las más importantes que podemos mencionar son: la ley 19.645 la cual modifica disposiciones del código penal que sancionan los delitos de corrupción, la ley 20.088 la cual establece como obligatoria la declaración jurada patrimonial de bienes a las autoridades que ejercen la función pública, la ley 19.829 la cual modifica el código penal respecto del delito de cohecho y la más reciente modificación introducida por la ley 21.121, la cual modifica el código penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción.

---

<sup>131</sup> De manera excepcional puede ser un abogado, procurador o persona que administre fondos públicos. *Ibíd.*, p. P 93

<sup>132</sup> Los delitos en torno al sujeto activo, se encuentran de manera preferente en el Título V del libro II del código penal, cuyo epígrafe reza “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”, además del párrafo 4º del Título III del mismo cuerpo legal. De igual forma, los delitos reunidos en torno a la falsedad se encuentran tipificados en el Título IV del Libro II del Código Penal, entre los cuales se cuentan varios atentados en contra del correcto desempeño de la función jurisdiccional. *Ibíd.*, p. 93

<sup>133</sup> *Ibíd.*, p 93

Para comprender de mejor forma los delitos funcionarios, se debe analizar dos aspectos fundamentales en este tipo de ilícitos, los cuales son el sujeto activo y el bien jurídico protegido.

## **2.2 Concepto de funcionario público**

Una de las primeras cosas que hay que tener en consideración cuando hablamos de los delitos funcionarios, es la determinación del sujeto activo que se exige en estos tipos de delitos.

Dicho lo anterior, se debe precisar una cuestión que es de suma relevancia, pero que hasta el día de hoy sigue dividiendo a la doctrina, esto es, los delitos funcionarios como delitos especiales. Para los efectos de este trabajo, no se entrará en las discusiones doctrinales existentes, solo se precisarán algunas cuestiones pertinentes en cuanto a este tema.

Por delito especial se debe entender como aquel delito en que existe un quebrantamiento de una norma especial. Una norma de comportamiento es considerada especial si su círculo de destinatarios se encuentra limitado a quienes satisfacen una descripción que especifica un determinado status.<sup>134</sup> Respecto de los delitos especiales se plantea la cuestión de la comunicabilidad de la cualificación personal, es decir, si tal cualificación se extiende o no a los intervinientes por el hecho de serlo.<sup>135</sup>

Los delitos especiales se subclasifican en delitos especiales propios y delitos especiales impropios. Los primeros dicen relación con aquellos casos en que se le aplica a todos los partícipes la única figura que entraría en consideración, el delito

---

<sup>134</sup> MAÑALICH, Juan. *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal Chileno*. Santiago: Thomson Reuters, 2020. P 364

<sup>135</sup> VAN WEZEL, Alex. *Delitos tributarios*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2007. pp 114-115

especial. Por el contrario, los delitos especiales impropios, a los intervinientes en quienes no concurra la calificación serán sancionados de acuerdo al tipo penal base.<sup>136</sup>

De lo anterior, se desprende que la calidad de sujeto activo la detenta el funcionario público, es por ello que los delitos funcionarios son considerados delitos especiales. Una cuestión que no es pacífica, y que debiese ser analizada en cada caso particularmente, es si el delito debe ser categorizado como un delito especial propio o impropio, esto no es algo al azar, es de suma relevancia a propósito de la figura del extraneus e intraneus, cuestión totalmente indispensable a la hora de determinar la comunicabilidad de la calidad especial del sujeto activo. Sin embargo, lo anterior no será desarrollado de manera más amplia, en razón de la finalidad antes mencionada.

En base a lo anterior, es que se debe analizar el concepto de funcionario público, este entendido como un elemento esencial de los delitos funcionarios. Se debe partir precisando que para estos efectos no se aplica el concepto de funcionario público que entrega el Derecho administrativo en el artículo 1° de la ley 18.575, ley orgánica constitucional de bases de la administración del Estado, ya que esta entrega un concepto más reducido en cuanto a quienes pueden ser considerados como funcionarios públicos.

Es por ello, que para estos efectos se utilizará el concepto que nos entrega el código penal, en el cual en su artículo 260 establece: “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 de nombramiento del jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.”

En concordancia a lo señalado por el Código Penal, encontramos la Convención Interamericana Contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo

---

<sup>136</sup> Loc.Cit

de 1996 y promulgada como ley de la república por el decreto supremo N° 1879, la cual define como funcionario público " Cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos".<sup>137</sup>

Otra definición que encontramos es la que nos entrega la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción la cual fue suscrita por nuestro país el 11 de diciembre del 2003 y promulgada como ley de la república el 23 de noviembre del 2006, la cual define funcionario público en los siguientes términos: "Por funcionario público se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico del Estado Parte; iii) toda otra persona definida como 'funcionario público' en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por 'funcionario público' toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se define en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte".<sup>138</sup>

Queda en evidencia al analizar la normativa expuesta, la amplitud del concepto de funcionario público tanto en el Código penal como en la normativa internacional. Por ello, es relevante mencionar el motivo de dicha amplitud, está

---

<sup>137</sup> DEPARTAMENTO de derecho internacional. Ob. Cit., p 5

<sup>138</sup> LAUZÁN, Silvana. TORO, Constanza. Anti-Corrupción: actualizando desafíos. Santiago: Universidad de Chile, 2009. p 113

principalmente se fundamenta en que se busca abarcar la mayor cantidad de situaciones punibles con el objeto de sancionar una conducta reprochable efectuada por un empleado público, respondiendo esta situación a un criterio funcional<sup>139</sup>, pues lo relevante y determinante para que una persona sea considerada funcionario público, es que este ejerza la función pública. Es por ello, que para el Código Penal se considerarán funcionarios públicos personas que en el contexto del Estatuto Administrativo no lo serían, como por ejemplo notarios públicos y personas contratadas a honorarios.<sup>140</sup>

Pese a lo anterior, esta amplitud antes mencionada trae consigo algunos cuestionamientos no han sido desarrollados del todo por la doctrina, es así, que se discute que el criterio utilizado en el artículo 260 del CP es un criterio funcional, donde lo relevante y determinante para imputar a una persona la calidad de funcionario público es que ejerza la función pública. Por el contrario, el concepto formal de funcionario público, considera decisivo el cumplimiento de ciertas formalidades de elección o nombramiento. En razón de aquello, es que surge el cuestionamiento si estos dos criterios deberían o no concurrir de manera copulativa para ser considerado funcionario público a efectos penales.<sup>141</sup>

Lo anterior, cobra aún mayor relevancia en cuanto a la definición del concepto de función pública, ya que este es determinante a la hora de ser considerado funcionario público en nuestro país, cabe mencionar que dicho concepto, no se encuentra definido en el Código Penal, teniendo que recurrirse a la doctrina para su delimitación.<sup>142</sup>

---

<sup>139</sup> REYES, Javiera. Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile. Universidad de Chile, Facultad de derecho. 2009. P 20

<sup>140</sup> CONSEJO de auditoría interna general de gobierno. Conceptos generales sobre delitos funcionarios. Santiago: Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2006, p 6

<sup>141</sup> REYES, Javiera. Ob. Cit., pp 21-22

<sup>142</sup> Revisando el Código Penal, se puede apreciar que no existe definición alguna de lo que es la función pública. Por el contrario, solo hay referencia en cuanto a ellas, tales como el artículo 251, 251 bis y el 260.

Todo lo que se ha mencionado hasta ahora nos lleva a una temática de gran complejidad, que a todas luces desborda la finalidad perseguida por esta tesis, sin embargo, es menester señalar que al optar por el criterio funcional se deben considerar los delitos funcionarios como delitos de infracción de deber, esto en razón de que esta es válida para la explicación dogmática de las reglas de la autoría y participación de ciertos tipos penales.<sup>143</sup>

Dicho lo anterior, hay que tener en consideración que existen tipos penales cuya estructura típica no se adecúa a la de los clásicos tipos penales en los que el autor debe dirigir la causalidad a la producción de un resultado material (delitos de dominio), especialmente en cuatro ámbitos que son 1) delitos de omisión, 2) delitos imprudentes, 3) delitos especiales, 4) delitos de propia mano. Es así, como ha surgido la teoría de los delitos de infracción de deber, la cual se alza como un complemento necesario a la teoría del dominio del hecho, ya que esta última ha sido insuficiente en muchos casos.<sup>144</sup>

Señala ROXIN citado por Bacigalupo que los delitos de infracción de deber se caracterizan porque en ellos el tipo penal requiere la infracción de un deber extrapenal que resulta ser el elemento básico de la autoría, siendo este elemento el que caracteriza a la figura central. Debe señalarse, que este autor utilizó los delitos funcionarios como ejemplo para caracterizar los delitos de infracción de deber, es en razón de aquello que parte señalando que en estos delitos no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta la que determina que una persona pueda ser autor de un delito, sino que es el deber especial que surge de una determinada situación jurídica, cuya lesión consciente fundamenta la autoría.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> Esta categoría de delitos de infracción de deber fue propuesta por Roxin en su obra *Täterschaft und Tatherrschaft* en el año 1963.

<sup>144</sup> BACILOGALUPO. Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*. Madrid: Marcial Pons, 2007. P 22

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. P 55-56

Así, se destaca SÁNCHEZ-VERA como una de las posturas más recientes de los delitos de infracción de deber, postura que ha encontrado bastante aceptación en la doctrina. Este autor manifiesta que los delitos de infracción de deber no dependen de la estructura del tipo, sino de la posición del sujeto en el ordenamiento jurídico, es decir, que este sujeto se encuentre sometido o no a una institución positiva o negativa.<sup>146</sup>

En definitiva, como ya se mencionó anteriormente, desarrollar este tema excede la finalidad de esta tesis, sin embargo, no se puede desconocer la gran importancia que tiene considerar la categoría de los delitos de infracción de deber al momento de la determinación del concepto de funcionario público, el cual para efectos penales goza de una gran amplitud, provocando desacuerdo respecto de una amplia cantidad de situaciones punibles además de algunos casos que siguen generando controversia respecto si deben ser considerados o no como funcionarios públicos.

### **2.3 El bien jurídico protegido de los delitos funcionarios**

Como ya se mencionó anteriormente, ha existido un avance en la teoría del bien jurídico, avance que ha traído consigo una significativa ampliación de la protección penal en favor de intereses colectivos. Pese a lo anterior, el bien jurídico por opinión mayoritaria de la doctrina sigue siendo considerado como la base irrenunciable de un sistema jurídico- político racional.<sup>147</sup> Es por ello, que la legitimación de la intervención penal debe estar supeditada a que el bien jurídico tutelado sea efectivamente instrumental al individuo.

Una manifestación de estos intereses colectivos son los denominados delitos funcionarios, aquellos establecidos en el Título V del libro II del CP. Estos ilícitos no

---

<sup>146</sup> *Ibíd.*, p. 91-92

Vid. Navas, Iván. *Deberes negativos y positivos en el derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch., 2018

<sup>147</sup> VON HIRSCH, Andrew. *Ob. Cit.*, p 37

han estado excepto de cuestionamientos, quedando en interrogante la utilidad, el fundamentos y finalidad del bien jurídico que se intenta proteger.<sup>148</sup>

Antes de introducirnos al bien jurídico protegido de los delitos funcionarios, es de importancia hacer mención a una postura que ha ido tomando fuerza en la legislación comparada, esta apunta a que el bien jurídico protegido debe ser visto a partir de la infracción de deberes especiales que pesan sobre aquellos que ejercen la función pública, es así como algunos autores manifiestan que la infracción del deber es punible para proteger un determinado bien jurídico.<sup>149</sup>

ROXIN diseñó la categoría de los delitos de infracción de deber sin renunciar a una cuestión fundamental en cuanto el Derecho penal tiene por finalidad la protección de bienes jurídicos. Siendo los delitos de infracción de deber configurados con la finalidad principal de proteger bienes jurídicos. Es así, que ROXIN citado por Bacigalupo fundamenta aquello al señalar “el concepto de bien jurídico alcanza tanto a los estados ya preexistentes como a los deberes de cumplimiento de las normas [creadas por el derecho]”.<sup>150</sup>

En apoyo a lo anterior, se encuentra FERRÉ quien señala que aquello que se protege no es el cumplimiento del deber sino la protección de un bien jurídico<sup>151</sup>. Pese a aquello, se debe tener presente en todo momento la complejidad en torno al bien jurídico, como bien señala MAURACH citado por Bacigalupo “muchos tipos penales se caracterizan por la presencia de varios bienes jurídicos. Para la interpretación es decisiva la cuestión de que si todos tienen la misma importancia”.<sup>152</sup> Finalizando esta breve exposición de esta parte de la doctrina es menester mencionar que

---

<sup>148</sup> Respecto a aquello Mañalich ha manifestado “el concepto de corrupción no designa la afectación de un bien jurídico determinado, sino más bien un determinado modo de ataque a uno o más bienes jurídicos.” MAÑALICH, Juan. Ob. Cit., p 399

<sup>149</sup> BACILOGALUPO. Silvina. Ob. Cit., p 101

<sup>150</sup> *Ibíd.*, p.101-102

<sup>151</sup> *Loc. Cit.*

<sup>152</sup> *Loc. Cit.*

BACIGALUPO considera que el bien jurídico no se agota en la protección de objetos materiales sino en el cumplimiento del deber mismo, aquella propuesta no deja estar exenta de cuestionamientos, y suma a la larga discusión que existe en torno a la figura del bien jurídico protegido.

Volviendo al bien jurídico protegido de los denominados delitos funcionarios, cabe mencionar que en nuestro país este no ha sido muy desarrollado por la doctrina nacional, sin embargo, se ha intentado llegar a un consenso por la mayoría respecto de cuál sería el bien jurídico protegido en los distintos delitos agrupados en torno al Título V del CP, más bien conocidos como delitos funcionarios.

Se destacan respecto a este tema RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, quienes dejan de manifiesto que lo protegido en estas figuras es el correcto desempeño de la función pública, destacando que este bien jurídico se estructura sobre caracteres esencialmente normativos, que varían de manera evidente de un delito a otro.<sup>153</sup> RODRÍGUEZ manifiesta que lo protegido no es el vínculo jurídico existente entre la administración y las personas que de ellas se desprenden, sino el propio desempeño de la función pública pudiendo ser afectada por aquello la ciudadanía. Es así, que el prestigio de la Administración, la confianza que los ciudadanos depositan en ella e incluso la subsistencia de la autoridad estatal, no son más que consecuencias del correcto desempeño de la función administrativa, que es a consideración de este autor lo que el Estado intenta preservar a través de la tipificación de estos delitos.<sup>154</sup>

También encontramos el planteamiento de ETCHEBERRY, quién manifiesta que el bien jurídico en los delitos del Título V es la recta administración pública. Este autor conceptualiza lo que se debe entender por “administración pública”, señalando que en un sentido muy amplio ha de entenderse como la “actividad general del Estado”,

---

<sup>153</sup> RODRÍGUEZ, Luis. OSSANDÓN, María. Ob. Cit., pp 99-100

<sup>154</sup> RODRIGUEZ, Luis. La función pública como objeto de tutela penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [En línea]*. 2005, n°26 [Fecha de consulta: 20 Octubre 2021], p 331. Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/579>

no entendida de manera única en un aspecto administrativo, sino también legislativo y judicial.

ETCHEBERRY hace énfasis en la infracción de un deber específico de lealtad, corrección y eficacia que pesa sobre determinadas personas ligadas con la autoridad pública por un vínculo especial. Es por ello, que este deber antes aludido confiere una mayor relevancia frente a las infracciones contra la administración pública cuando su autor es un funcionario público, ya que a la vulneración del bien jurídico se añade el quebrantamiento de un deber específico.<sup>155</sup>

En síntesis, existe gran consenso respecto del bien jurídico que tienen en común estos delitos, pese a que se enfatiza que cada uno de estos delitos tiene características propias, sin embargo, hay algunas cuestiones que no se deja claridad en la doctrina, estas referidas a la delimitación de este bien jurídico protegido, es decir, qué es realmente la función pública, cuál es su naturaleza y cómo se lesiona realmente este bien jurídico.

---

<sup>155</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal parte especial. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. pp 203-204

En cuanto al bien jurídico protegido, también se han sumado Politoff, Matus y Ramírez, quienes sostienen que bien jurídico en común para todas estas figuras es el recto funcionamiento de la administración pública, cuyos funcionarios tienen un deber especial frente a la consecución de sus finalidades en orden a la prosecución del bien común. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Piere, RAMÍREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho penal chileno: Parte especial*. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004. P 488

**CAPÍTULO III**  
**DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO COMO MANIFESTACIÓN**  
**DEL DERECHO PENAL MODERNO**

**1. DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

**1.1. Aspectos Generales**

¿Qué es el enriquecimiento ilícito? Esta pregunta aparentemente sencilla nos introducirá diversas cuestiones «no exentas de polémicas», las cuales serán objeto de análisis en los apartados siguientes. Para los efectos perseguidos inmediatamente, se entenderá por enriquecimiento ilícito, lo señalado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 20, el cual dispone: “...el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.”

Como se mencionó en el primer capítulo, la complejidad de la sociedad actual trae consigo una alta demanda de intervención penal. Una manifestación de aquello es la gran preocupación que genera la existencia de un elevado índice de corrupción en la función pública a nivel mundial, dicha situación ha provocado una búsqueda inalcanzable de mecanismos que logren hacerle frente a este fenómeno. En este sentido,

diversos países han buscado introducir en sus legislaciones delitos vinculados al ejercicio de la función pública.

Es así, como el delito de enriquecimiento ilícito ha buscado perfilarse como un aporte en materia de corrupción, para evitar que delitos contra la administración pública que cometen funcionarios públicos queden en la impunidad por problemas de probanza. Es precisamente en razón de aquello que la Convención Interamericana contra la Corrupción, y otros instrumentos internacionales<sup>156</sup>, han sugerido a los Estados partes adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar el delito de enriquecimiento ilícito. Sin embargo, los Estados partes que suscribieron la Convención no están obligados a tipificar el delito de enriquecimiento ilícito si consideran que este se opone a su orden constitucional o a sus principios jurídicos fundamentales.<sup>157</sup>

En razón de lo anterior, es que a nivel de derecho comparado destacan dos corrientes respecto a la incriminación de este delito, por una parte, una amplia y controvertida tendencia de incriminación por parte del Derecho Iberoamericano. Por el contrario, la tendencia renuente del Derecho Europeo a la tipificación de este delito en sus legislaciones.<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup>HERNÁNDEZ, Héctor El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho (Valparaíso) [en línea]*. 2006. P 187. [fecha de Consulta 18 de Octubre de 2021]. ISSN: 0716-1883. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173620140007> .

<sup>157</sup> El artículo IX de la convención interamericana contra la corrupción señala “ Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.” De igual forma se señala en el inciso tercero de dicho artículo, que los Estados que no hayan tipificado el enriquecimiento ilícito deberán brindar la asistencia y cooperación previstas en esta Convención. DEPARTAMENTO de derecho internacional. Organización de los Estados Americanos [online]. [Fecha de consulta 10 octubre 202]. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corruptcion.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion.asp)

<sup>158</sup>HERNÁNDEZ, Héctor. Ob. Cit., p 185

## 1.2. La tendencia del Derecho iberoamericano

Partiremos precisando, que se entiende por “iberoamericanos”, se les denomina Iberoamericanos a aquellos países de la región de América, que tienen en común haber sido colonias de España y Portugal. Los países que conforman Iberoamérica son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.<sup>159</sup>

Con anterioridad se señaló que en el Derecho iberoamericano el delito de enriquecimiento ilícito encuentra una gran acogida, tanto es así, que a la fecha de esta investigación todos los países de América que forman parte de Iberoamérica habían introducido a su legislación este delito. Sin embargo, esto se ha llevado a cabo a través de un proceso de largo aliento, que ha sido marcado por extensos debates y una gran cantidad de detractores que ven en este delito un problema de ilegitimidad que vulnera garantías constitucionales.

Ahora bien, con la finalidad de dilucidar de mejor forma el delito de enriquecimiento ilícito en el Derecho iberoamericano, es que se hará un breve análisis crítico de la figura, identificando las similitudes y problemáticas que ha presentado en las distintas legislaciones, y cómo estas han podido o no ser rebasadas hasta llegar a la incorporación de este tipo penal. Debido a aquello, y en virtud de la extensión de esta investigación es que se hará este análisis en base a las legislaciones colombiana, argentina y peruana, y sus principales dificultades en torno a la figura del enriquecimiento ilícito.

---

<sup>159</sup> DICCIONARIO de la lengua española [en línea]. 23 ed. España: Real Academia Española. 2014 [fecha de consulta: 15 octubre de 2021]. Consultado en: <https://dle.rae.es/iberoamericano>  
Iberoamérica. Significados. [Fecha de consulta: 20 de Octubre 2021]. Disponible en: <https://www.significados.com/iberoamerica/>

### 1.3. Análisis crítico de la figura del delito de enriquecimiento ilícito a la luz de las legislaciones colombiana, argentina y peruana.

#### A. Colombia

##### **Artículo 412 Código Penal Colombiano (ley 599 del año 2000, modificado por la ley 1474 del 2011)**

*El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.*

Una de las primeras cosas que llama la atención en la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en la legislación colombiana, es la alusión que se hace a los exfuncionarios públicos como sujeto activo hasta cinco años después del cese de su cargo<sup>160</sup>. Esta prorrogación de la calidad de funcionario público se hace solo para efectos penales, lo que se aleja de manera sustancial del fundamento de los delitos

---

<sup>160</sup> El artículo 20 del código penal Colombiano, establece quienes se deben considerar como servidores públicos para efectos del derecho penal, este señala “ Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución política de la República” Díaz Restrepo considera que el sujeto activo es calificado, sino también el particular, que dos años antes había gozado de dicha calidad; una prolongación en el tiempo de la condición de Servidor, que para efectos penales atenta en un primer momento contra Principios de orden Legal e inclusive Constitucional. DÍAZ, Juan. *El enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. Proyecto de investigación de tesis doctoral en derecho. España, Universidad de Alcalá de Henares. 2009. P 97

contra la administración pública, además de contradecir algunos principios propios de la legislación colombiana. Por otra parte, se encuentra la presunción de la comisión de un acto ilícito que pesa sobre el funcionario público que no ha justificado el incremento de sus ingresos, en razón de aquello lo que hace el código penal Colombiano es invertir la carga de la prueba, pesando sobre el funcionario la obligación de demostrar la licitud de sus ingresos, lo que provoca una vulneración del principio de inocencia consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así mismo, es de importancia mencionar otro de los temas que ha generado grandes debates en torno a este delito en la doctrina Colombiana, esto dice relación con el incremento del patrimonio en virtud del desarrollo de la función pública. Parte de la doctrina colombiana apunta al carácter subsidiario con el cual se tipificó el delito, así lo establece el artículo 412 al señalar “siempre que la conducta no constituya otro delito”.<sup>161</sup> En razón de lo anterior, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de Colombia en la Sentencia C-319/96, en la cual se señala “Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica, excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría -concurso aparente de tipos-. Ello quiere decir que, si las pruebas aportadas al proceso permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito -lex primaria derogat legi subsidiariae”<sup>162</sup>

---

<sup>161</sup> Apoyando la postura subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito, encontramos a William Parra, autor colombiano, afirma que el procesar y condenar por enriquecimiento ilícito habiéndose probado la comisión de peculado, cohecho, u otro delito, implicaría la violación del principio *nom bis in idem*. NAKAZAKI, César. Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria. *Revista Ius et Praxis [En línea]*. Diciembre 2002, nro. 33. [Fecha de consulta: 06 noviembre 2021]. P 6. Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080526\\_46.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_46.pdf)

<sup>162</sup> RELATORÍA. Corte Internacional de la República de Colombia [En línea]. [Fecha de consulta: 26 Octubre 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-319-96.htm>

Lo anterior, se ve reforzado en el planteamiento de la Fiscalía General de la Nación, en el Tomo Cuarto denominado: Tipologías de corrupción en Colombia, en el cual se expone “el carácter subsidiario que ostenta el tipo penal de enriquecimiento de servidor público, lo que impone la suspensión de su aplicación en los eventos en que la conducta se adecue a un tipo penal diverso, por ejemplo, cuando el enriquecimiento al que se refiere deriva de conductas delictivas donde prima el tipo consagrado en el artículo 327 del Código Penal. Colombiano”<sup>163</sup>. Pese a todo lo anterior, el carácter subsidiario atribuido al delito de enriquecimiento ilícito colombiano, no encuentra una acogida del todo favorable, siendo ampliamente criticado por una parte de la doctrina, convirtiéndose en uno de los motivos principales de esta crítica, la finalidad específica de protección del bien jurídico, cuestión que se abordará más adelante.

## **B. Argentina**

### **Artículo 268 inciso 2º, del Código Penal Argentino (ley 25.188):**

*Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño..*

En primer lugar, se partirá analizando lo que se ha denominado “la inversión de la carga de la prueba”, cuestión que repercute de manera directa en las garantías constitucionales, al ser el acusado quien debe dar prueba de su inocencia, situación que se evidencia cuando en el tipo penal se señala “...ser debidamente requerido, no

---

<sup>163</sup> FISCALÍA general de la nación. *Tipologías de corrupción en Colombia* [Bogotá]. Fiscalía, 2018. P 32

justificare”<sup>164</sup>. Existe una gran discusión respecto de la constitucionalidad de este delito, provocando división en la doctrina argentina.<sup>165</sup>

Hay quienes aceptan la constitucionalidad del enriquecimiento ilícito, negando que exista una inversión de la carga de la prueba respecto de las supuestas conductas ilícitas previas en las que tendría su origen el enriquecimiento ilícito, ya que consideran que lo injusto del delito de enriquecimiento ilícito no radica en las conductas previas, ya que estas serían consideradas irrelevantes, sino que esto estaría en la omisión de justificar el origen del enriquecimiento.

En razón de ello, es que una parte de la doctrina señala que el enriquecimiento ilícito es un delito de omisión propia, por lo que se castigaría la infracción de un deber que pesa sobre los funcionarios públicos, este es, el deber de justificar en todo momento su situación patrimonial. Este planteamiento se ve apoyado en la propia redacción del artículo 268-2 del código penal argentino, al referirse “el que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable”.

En apoyo a lo anterior, se encuentra CREUS, citado por Hernández quien señala “la acción no es la de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no está consagrando una presunción, sino imponiendo un deber y sancionando un incumplimiento”. Lo anterior, es considerado por HERNÁNDEZ como una estrategia para negar el trasfondo probatorio del tipo penal con un engaño.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> SANDHAGEN, Alberto. La inversión de la carga de la prueba. A propósito del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público y la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba. *Revista pensamiento penal [En línea]*. Abril 2019. [Fecha de consulta: 01 Noviembre 2021]. P 3. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/04/doctrina47526.pdf>

<sup>165</sup> El profesor Marcelo SANCINETTI sostiene que el delito de enriquecimiento ilícito es un «delito de sospecha», y, por tanto, contradice toda la tradición propia del Estado de derecho. Es así, como se ha discutido acerca de los serios problemas constitucionales que presenta esta figura penal en su confronte con el principio de legalidad; el principio de inocencia; la vigencia de la no autoincriminación y del derecho a negarse a declarar sin que esto implique presunción en contra del imputado, el «nemo tenetur se ipsum podere».

<sup>166</sup> HERNÁNDEZ. Héctor. Ob.Cit., pp 206-208

Este planteamiento apoyado por parte de la doctrina argentina, señala que esta posibilidad de requerir al funcionario una adecuada justificación del incremento de su patrimonio, es una exigencia propia de la condición especial del funcionario público, pero surge la pregunta ¿Tener calidad de funcionario público trae consigo una renuncia de las garantías constitucionales? Esta parte de la doctrina sustenta su planteamiento en contra, considerando que esto se enmarca en el régimen representativo y republicano según lo dispuesto en los artículos 1 y 33 de la Constitución Nacional, en razón de ello, y de lo señalado en los artículos 22 y 36 n°1 de la Constitución Nacional que propugna que no le está prohibido al estado exigir a los representantes del pueblo una rendición no sólo de las cuentas cuya administración se les confió, sino también, de la evolución de su patrimonio, teniendo en cuenta que lo declarado bajo juramento al inicio del mandato<sup>167</sup>. Pese a ello, no parece convencer a todos este planteamiento, considerando todo lo anterior, un simple giro de redacción, que busca eximir al órgano acusador de su deber de acreditar.<sup>168</sup>

Respecto a lo anterior, Pezo cita a SOSA Y PORTOCARRERO, respecto a la redacción del tipo penal, es así como estos autores ejemplifican de la siguiente forma este planteamiento” ... si un funcionario público hereda una fortuna de una pariente, en el extranjero, y es llamado a justificar el aumento patrimonial y no lo hace, su conducta se encuadraría lisa y llanamente en el art. 268-2”.<sup>169</sup> También podría darse la situación que el funcionario público aumente su patrimonio con actividades que no

---

<sup>167</sup>ENNIS, José. Alternativas interpretativas, dogmática y decisión política en torno al delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos. *Revista Anales [En Línea]*. 2017, n 47. [Fecha de consulta 29 Noviembre 2021]. P 620. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/4237>

<sup>168</sup> El código procesal penal federal en su artículo 90 establece las funciones del ministerio público en el cual se señala “El ministerio público fiscal tiene a su cargo la investigación de los delitos y la promoción de la acción penal pública contra los autores y partícipes. Le corresponde la carga de la prueba y debe probar en el juicio oral y público los hechos que fundamentan su acusación. tiene la obligación de motivar sus requerimientos y resoluciones. todas las dependencias públicas estatales están obligadas a proporcionar colaboración pronta, eficaz y completa a los requerimientos que formule el representante del ministerio público fiscal en cumplimiento de sus funciones, bajo apercibimiento de incurrir en las responsabilidades previstas en la ley”

<sup>169</sup>PEZO, Cecilia. El bien jurídico específico en el delito de enriquecimiento ilícito. Tesis para optar al grado de magíster en Derecho Penal. Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. 2014. P 84

sean socialmente aceptadas, pero que no constituyan delito, y en este caso el funcionario público se niegue a justificar por algún tipo de reproche social, en este caso la conducta también se encuadraría en el art. 268-2. En consecuencia, existe la posibilidad que el enriquecimiento sea totalmente lícito, pero si el funcionario público se niega a probarlo, este igual se podría enmarcar en el art. 248-2 del código penal federal, ya que este delito por muchos es considerado como un delito de sospecha, y es en razón de ello que se puede llegar incluso a una condena.

Para HERNÁNDEZ el único bien jurídico que se protegería en delito de enriquecimiento ilícito argentino sería la “buena fama” de los funcionarios públicos, en cuanto a presupuesto de confianza en la administración y, en consecuencia, del buen funcionamiento.<sup>170</sup> Y es ahí donde surge la pregunta ¿Es realmente el bien jurídico que se busca proteger al tipificar el delito de enriquecimiento ilícito? Esta pregunta excede la finalidad de este análisis crítico, sin embargo, se abordará desde la perspectiva del enriquecimiento ilícito del código penal chileno.

Por otra parte, hay quienes defienden el constitucionalismo del artículo, pero consideran que es un tipo activo y no de omisión. Es por ello, que se propone una estructura de un tipo doloso activo, siendo la conducta típica aquel obrar del funcionario que conduce al enriquecimiento apreciable y desproporcionado frente a la magnitud de sus ingresos legítimos.<sup>171</sup> Considerando la ausencia de justificación posterior como una condición objetiva de punibilidad, sustentándose en el hecho que el funcionario se enriqueció durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable e injustificado, quehacer que se vincula de acuerdo a esta parte de la doctrina a los delitos de acción.<sup>172</sup> Sin embargo, no se considera una descripción real de la conducta que se pretende castigar, no cumpliéndose con el principio de legalidad.

---

<sup>170</sup> HERNÁNDEZ, Héctor. Ob.Cit., p 209

<sup>171</sup> ENNIS, José. Ob.Cit., pp 618-619

<sup>172</sup> Loc. Cit.

Como una tercera alternativa en apoyo a la constitucionalidad de este delito hay quienes proponen una figura “compleja”. Es así, como NÚÑEZ, a quien se le atribuye la autoría de este planteamiento, considera que el tipo penal exige un enriquecimiento patrimonial apreciable del autor y la no justificación de su procedencia al ser debidamente requerido para que se lo haga; así, el primero sería un acto positivo, mientras que la segunda representa una omisión al deber de justificación emergente del enriquecimiento y del requerimiento o, simplemente, una imposibilidad de hacerlo.<sup>173</sup> Es por ello que se sostiene, que este delito sería de omisión impropia (comisión por omisión), que se fundamenta en una consecución de actos que permitieron su mejoramiento patrimonial, por medios ajenos a los funcionales, y que generan en el funcionario el deber legal de declarar el modo en que ocurrió, pero al omitir hacerlo o no haciéndolo de forma adecuada, se ve consumado el tipo del artículo 248- 2, pudiendo incluso suceder antes de llevar a cabo un requerimiento debido.<sup>174</sup> No se ahondará más en esta tesis en razón de la extensión que requiere su tratamiento, y en virtud de que lo antes expuesto satisface la finalidad de esta investigación.

En definitiva, se desprende de este análisis que la doctrina se encuentra dividida en cuanto a si el delito de enriquecimiento ilícito es un delito de omisión propia, de omisión impropia (complejo) o un delito de acción. Sin embargo, la doctrina dominante lo ha considerado como un delito de omisión propia en virtud de los argumentos antes esgrimidos, trayendo consigo diversas problemáticas que hasta hoy no han podido ser soslayadas.

---

<sup>173</sup> CHIARA, Carlos. Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados. *Revista de pensamiento penal [En línea]*. Noviembre 2013. [Fecha de consulta: 22 Octubre 2021]. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37774.pdf>

<sup>174</sup> *Ibíd.*, p 18

## C. Perú

### **Artículo 401 del Código Penal Peruano:**

*El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

*(3) Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.*

Se puede observar en esta figura varias similitudes con las ya mencionadas. La primera de ellas, que es de las más destacable, es el carácter subsidiario que la legislación Peruana le atribuye a esta figura, como ya se puede anticipar, influenciada por la legislación colombiana.

Es así, como PEZO no comparte de forma alguna la postura planteada por parte de la doctrina Peruana respecto a la subsidiariedad del delito. Esta autora sostiene que “no cabría hablar de un delito “principal” respecto de otro que no protege el mismo ámbito específicamente protegido por el considerado “subsidiario”, esto en virtud de que considera que el tipo penal del enriquecimiento ilícito tiene como finalidad la protección de algunos principios que dominan y determinan la actividad funcional.<sup>175</sup>

En razón de lo antes expuesto, es que Pezo cita a CARO, quien en la contraparte sostiene que el enriquecimiento ilícito tiene carácter subsidiario, esto partiendo de la interpretación del tipo penal como un delito de peligro abstracto, que

---

<sup>175</sup> PEZO, Cecilia. Ob.Cit., P 118

para este autor está establecido en su estructura y obligaría a considerarlo como tal. Este autor destaca por ser contrario a la autonomía del tipo penal y avalando su carácter subsidiario, considerando que, si se admitiera la total autonomía del delito de enriquecimiento ilícito, se estaría atentando contra el principio non bis in ídem, en razón de que se sancionaría más de una vez a la misma persona por el mismo delito cometido, es decir, una vez por el delito de enriquecimiento y otra por el delito principal.<sup>176</sup>

En concordancia con la subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito se encuentra ROJAS citado por Nakasaki, quien destaca que “El tipo penal del art. 401 no describe conducta alguna ni aporta mayores elementos de tipicidad o de antijuridicidad que guíe en el análisis jurídico, situación que contradice los postulados del principio de legalidad y hace de dicha figura una construcción típica anómala. No obstante, de la naturaleza del hecho ilícito, de la gravedad de la sanción y el carácter subsidiario o complementario de dicha norma...”.<sup>177</sup>

Por otra parte, HERNÁNDEZ señala las grandes objeciones que tienen estos planteamientos, y el problema que adquiere la amplitud con la que se trata el delito de enriquecimiento ilícito, que lo hace incompatible con el principio de determinación de los tipos penales, además a consideración de este autor este delito contiene una cláusula analógica, que tiene por finalidad hacerse cargo de cualquier otra forma de enriquecimiento por razón del cargo que no haya sido prevista por el legislador.<sup>178</sup>

Otra similitud que encontramos en el enriquecimiento ilícito del código penal peruano es la inversión de la carga de la prueba, el sustento de gran parte de la doctrina a favor de esta inversión, es en razón de la dificultad probatoria. En virtud de aquello que se tipifica la figura del enriquecimiento ilícito fundado en la presunción de la

---

<sup>176</sup> *Ibíd.*, p.119

<sup>177</sup> NAKAZAKI, César. *Ob.Cit.*, p 6

<sup>178</sup> HERNÁNDEZ. Héctor. *Ob.Cit.*, p 211

ilicitud del enriquecimiento, contra aquel funcionario que no prueba la legalidad de su incremento patrimonial.<sup>179</sup>

En cuanto al bien jurídico protegido por la figura del enriquecimiento ilícito, surgen varios cuestionamientos respecto de qué es lo que realmente se protege. Es así como a ROJAS le resulta muy cuestionable que se trate de proteger la moral pública como afirma una parte de la doctrina peruana, ya que el concepto de moral es equívoco y está sujeto a múltiples interpretaciones.<sup>180</sup>

Por otra parte, ROJAS cita a dos autores en contraposición respecto a la concepción del bien jurídico protegido. Para INCHAUSTI, el bien jurídico protegido busca preservar la ética del funcionario, debiéndose basar está en el respeto a los organismos públicos del Estado, este autor manifiesta que “Se preserva con la figura en análisis, el decoro, la dignidad y la insospechabilidad de la administración pública”. Por otra parte, DONNA en concordancia con la posición de una parte de la doctrina Argentina considera, que el bien jurídico lo que protege es la imagen de la transparencia, gratitud y probidad de la administración pública.<sup>181</sup>

En contraposición, PERÉZ reconoce como categoría genérica la administración pública como bien jurídico tutelado. Pero le resulta cuestionable que con la tipificación de este delito se trate de proteger la moral pública, como señala una parte de la doctrina. Este autor concuerda con lo señalado por ROJAS anteriormente, en cuanto al concepto de “moral”, siendo este sujeto a una serie de interpretaciones, considerándolo inadecuado a los tiempos la vinculación entre ambos.<sup>182</sup>

---

<sup>179</sup> NAKAZAKI, César. Ob.Cit., p 6

<sup>180</sup> ROJAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 4º Ed. Perú: Grinjley, 2007. P 855

<sup>181</sup> *Ibid.*, p.26

<sup>182</sup> PERÉZ, Jorge. El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y la norma sustantiva. *Revista Derecho y cambio social [En línea]*. Julio 2013. [Fecha de Consulta: 24 Octubre 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5493218.pdf>

#### 1.4. Figura del enriquecimiento ilícito en los ordenamientos europeos

Como ya se mencionó anteriormente, el Derecho Europeo ha sido reactivo a introducir en sus legislaciones la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, debido a lo cual se hará un breve comentario de las razones principales que han llevado a esta negativa.

Los Estados que han optado por excluir este delito, han fundamentado su decisión en las limitaciones constitucionales que este trae consigo, especialmente aquellas que se refieren a la vulneración del principio de presunción de inocencia, además de la vulneración de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Los planteamientos más relevantes respecto de aquello son la inversión en la carga de la prueba, la cual a juicio de diversos autores contravendría la prohibición de autoincriminación, y el derecho de presunción de inocencia.<sup>183</sup>

Por otra parte, hay quienes señalan la importancia que tiene identificar el bien jurídico que intenta proteger este delito. En razón de ello, es que diversos autores han intentado indagar si realmente existe un bien jurídico tutelado por el delito de enriquecimiento ilícito, y de ser así cuál sería este. Por consiguiente, hay legislaciones que han cuestionado el carácter subsidiario desde la perspectiva del bien jurídico, llegando a ser considerado como una especie de “red de seguridad” para garantizar la punición de otro hecho delictivo. Debido a ello, cabría la hipótesis en caso de que la conducta que describe en el tipo penal de enriquecimiento ilícito no constituya efectivamente, una violación al bien jurídico “Administración pública”, esto sería incompatible con principios fundamentales constitucionales.<sup>184</sup>

---

<sup>183</sup> SÁNCHEZ, Cristian. El enriquecimiento ilícito ¿Una propuesta inconstitucional? *Revista de estudios penales y de seguridad [en línea]*. Marzo 2019. [Fecha de consulta: 02 Noviembre 2021]. p 9. Disponible: <https://www.ejc-reeps.com/CRISTIAN-1.pdf>

<sup>184</sup> SCALCON, Raquel. GIULIANI, Emilia. Reflexión sobre la criminalización del enriquecimiento ilícito en Brasil: un análisis de la legitimidad constitucional y dogmático penal del proyecto de ley 4750/2016. *Revista Nuevo foro penal [En línea]*. Mayo 2018. vol.14, Nro 90. [Fecha de consulta: 02

## 1.5. Consideraciones del análisis crítico a la luz del Derecho penal moderno

Queda en evidencia las similitudes en cuanto a la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en las distintas legislaciones, pudiéndose comprobar aquello que se planteaba en principio respecto de las similitudes y problemáticas que ha presentado esta figura, y como no han sido totalmente rebasadas al momento de su incorporación en los distintos ordenamientos jurídicos. Sin lugar a duda, entre los problemas más destacables que enfrenta esta figura se encuentra la inversión de la carga de la prueba, esta situación se evidencia en diversos países, entre ellos podemos mencionar a Colombia, Argentina, Perú, Puerto Rico, México y Panamá.<sup>185</sup> Dicha situación ha traído consigo grandes debates en cuanto a la vulneración de las garantías constitucionales y los derechos fundamentales, además de los planteamientos tendientes a justificar dicha situación en torno al tipo de delito del cual se trata. Hasta el día de hoy dichos cuestionamientos no se encuentran totalmente subsanados, manteniendo divisiones doctrinales en todos los países que se encuentra tipificado este delito.

Otro de los problemas en torno a esta figura es el carácter subsidiario que se le atribuye al enriquecimiento ilícito, siendo ampliamente discutido, especialmente en la doctrina Colombiana y Peruana, sin perjuicio de las repercusiones que ha traído en las demás legislaciones. El carácter subsidiario es fundamentado por algunos autores en la dificultad significativa que debe enfrentar la prueba del enriquecimiento ilícito, en virtud de aquello se presume que este incremento provino de alguna actividad ilícita,<sup>186</sup> situación que no ha quedado exenta de un amplio debate doctrinal en las distintas legislaciones.

---

Noviembre 2021]. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/5185/4230>

<sup>185</sup> HERNÁNDEZ, Héctor. Ob.Cit., p 188

<sup>186</sup> BLANCO, Isidro. El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva Europea: sobre su inconstitucionalidad declarada por el tribunal constitucional Portugués. *Revista Asociación internacional de Derecho Penal [En línea]*. 2013. [Fecha de consulta: 25 octubre 2021]. p 14. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/32321234.pdf>

Por último, queda en interrogante cuál es el bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito, cuestión que no deja de tener una gran importancia, atendida la finalidad perseguida al tipificar un delito. Destacando la discrepancia existente a nivel general en cuanto a este tema, que si bien es cierto no se encuentra tan desarrollada doctrinalmente hablando, provoca grandes dificultades en cuanto a la legitimación de este tipo penal.

Como ya se ha podido vislumbrar, esta figura es una manifestación del Derecho penal moderno, ya que se está en presencia de un bien jurídico colectivo, que ha sido en mucho de los casos definido de forma vaga e imprecisa, situación que ha generado grandes debates respecto de lo que realmente se busca proteger. Por otro lado, se ha argumentado que la flexibilización de los principios político- criminales y reglas de imputación ha traído consigo en muchos de los casos la vulneración de las garantías constitucionales y los derechos fundamentales. En razón de aquello, existen planteamientos tendientes a justificar dicha situación en torno a la técnica de tipificación, si bien es cierto en este apartado esto no fue motivo de análisis, no se puede desconocer aquello que se señaló en el capítulo I, respecto del significativo aumento en la introducción de delitos de peligro abstracto, con el objetivo de intentar validar la búsqueda de una mayor eficacia en la persecución de ciertas conductas. En este sentido, la corrupción se perfila como una de esas conductas que se intenta combatir, intensificando la reacción penal en aquellos casos que tienen una dificultad de probanza como lo es el enriquecimiento ilícito.

Es así, que hasta el día de hoy los cuestionamientos en torno al enriquecimiento ilícito no se encuentran totalmente subsanados, manteniéndose las divisiones doctrinales en todos los países que se encuentra tipificado este delito, y como ha de esperarse estas discusiones encuentran su fundamento en las características propias del Derecho penal moderno.

Por último, es menester mencionar que los países europeos, no han estado exentos de los debates doctrinales que se han dado respecto de la introducción del delito de enriquecimiento ilícito en sus legislaciones, sin embargo, en atención a las implicancias que podría tener en cuanto se alejan de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, es que han optado por no tipificarlo como delito hasta que no se encuentren subsanados todos los problemas de legitimación que afectan a esta figura<sup>187</sup>. Es en razón de todo lo expuesto anteriormente, que países como España, Alemania e Italia con gran influencia en nuestro ordenamiento jurídico continúan manteniendo su postura y evitando introducir esta figura en sus ordenamientos jurídicos.<sup>188</sup>

## **2. DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN CHILE**

### **2.1 Génesis del enriquecimiento ilícito**

El primer intento de nuestro país por introducir el delito de enriquecimiento ilícito fue en el año 1994, en dicha oportunidad durante la tramitación de la que llegaría a ser la ley 19.645, se introdujeron diversas modificaciones a las disposiciones del Código penal. Es así, que de acuerdo con una sugerencia de la comisión de ética, que la cámara de Diputados, aprobó una indicación del diputado Elgueta a favor de introducir dicha figura.<sup>189</sup> Sin embargo, la proposición fue rechazada por el Senado, fundando su decisión en razones de constitucionalidad, ya que no se satisfacía la

---

<sup>187</sup> Hay numerosos casos respecto a los graves problemas de constitucionalidad que ha enfrentado la figura del enriquecimiento ilícito. Un ejemplo de aquello, es el caso del enriquecimiento ilícito en la legislación Italiana, este ilícito fue introducido por el artículo 12 quinquies número 2, sin embargo, dos años más tarde el Tribunal Constitucional Italiano anuló este precepto por vulnerar el artículo 27 de la Constitución que consagra el derecho a la presunción de inocencia. BLANCO, Isidro. El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos. *Revista Ciencia Penal y Criminología [En línea]*. Agosto 2017. [Fecha de consulta 23 Octubre 2021]. P 7. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-16.pdf>

<sup>188</sup> HERNÁNDEZ. Héctor. Ob.Cit., p 185

<sup>189</sup> Además de la indicación del Diputado Elgueta, se presentó otra indicación, esta vez por el senador Bombal en orden a introducir un nuevo artículo 239 bis CP de términos similares, sin embargo, fueron rechazadas por el Senado. *Ibíd.*, p.191

exigencia de determinación o taxatividad de la conducta sancionada, sumado a la vulneración del principio de inocencia al invertir la carga de la prueba en contra del imputado toda vez que, constatada la situación de hecho anterior, le imponían el deber de justificar el origen y la legalidad de los mayores ingresos.<sup>190</sup>

Posteriormente al fallido intento de introducir el delito de enriquecimiento ilícito, nuestra legislación adoptó dos importantes instrumentos internacionales, el primero de ellos la Convención Interamericana contra la corrupción que fue suscrita en el año 1996 en Caracas, y aprobada en septiembre de 1998, con posterioridad se adoptó la Convención de las Naciones Unidas, la cual fue suscrita por Chile en Diciembre del 2003, y aprobada en junio del 2006.<sup>191</sup> En ambos instrumentos internacionales se recomienda a los Estados partes introducir el delito de enriquecimiento ilícito, sin

---

<sup>190</sup> Loc. Cit.

<sup>191</sup>La Convención Interamericana contra la Corrupción en su artículo IX señala “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.” Guillermo Oliver menciona que esta redacción obedece a una propuesta de Argentina, quien es uno de los países pioneros en la incorporación de esta figura a su legislación. Cabe mencionar que esta propuesta fue apoyada por otros países latinoamericanos tales como Perú, México, Colombia, entre otros. OLIVER, Guillermo. Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito. En: RODRÍGUEZ, Luis (coord.). Delito, Pena y Proceso: Libro homenaje a Tito Solari Peralta. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 467-468.

La convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 20 señala “ Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.” Guillermo Oliver analiza esta disposición respecto de la establecida en la Convención Interamericana contra la Corrupción, manifestando que de la convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se desprende una disposición más matizada, ya que no ordena a los Estados partes que tomen medidas necesarias para para tipificar el delito de enriquecimiento ilícito, sino que solo consideren la posibilidad de adoptarlas, cuestión que si se puede apreciar en el artículo IX de la anteriormente citada. Además, en el artículo 20 se alude a un elemento de carácter subjetivo – expresión “intencionalmente”-, que se encuentra ausente en el artículo IX, y que es motivo de grandes críticas a la descripción del enriquecimiento ilícito de la convención interamericana contra la corrupción, siendo incluso considerada como una inversión en la carga de la prueba. *Ibíd.*, p 469-470.

embargo, en la misma normativa se establece que los Estados no están obligados a tipificar este delito si este se opone a orden Constitucional o los principios jurídicos fundamentales propios de cada Estado.<sup>192</sup>

Como consecuencia de lo anterior, se evidencia la gran influencia que tuvo la normativa internacional en el debate respecto de la incorporación de esta figura en la legislación nacional, debido a esto, es que la ley 20.088 del 5 de enero del 2006 finalmente incorporó el delito de enriquecimiento ilícito.<sup>193</sup> Cabe mencionar, que fue en el segundo trámite constitucional que se retomó la idea de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito, en virtud de que la moción parlamentaria originalmente no contenía disposiciones penales, ya que lo que se buscaba mejorar, desde un punto de vista administrativo, era el sistema de declaraciones de intereses a que se hallaban sujetos los funcionarios públicos.<sup>194</sup>

## **2.2 El artículo 241 Bis como manifestación del Derecho penal moderno**

De lo dicho hasta aquí, puede ya vislumbrarse lo que ha sido el alcance del Derecho penal moderno, y las repercusiones que ha traído en las diversas áreas, entre

---

<sup>192</sup> Loc. Cit.

<sup>193</sup> Senadores tales como Bombal, Viera-Gallo, y Zaldívar plantearon la necesidad de incorporar este delito para dar mayor eficiencia al proyecto y cumplir con el compromiso adquirido por el Estado al suscribir la Convención Interamericana contra la corrupción, cuestión que fue manifestada por el senador Zaldívar en más una oportunidad. Loc. Cit.

Finalmente se incorporó el delito de enriquecimiento ilícito en el código penal en el artículo 241 bis, al siguiente tenor “El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio. Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito./ La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público./ Si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código”

<sup>194</sup> Loc. Cit.

las que destaca la lucha contra el fenómeno de la corrupción, el cual como ya se mencionó en el capítulo II se ha ido intensificando con los años. En razón de aquello, la población ha aumentado las exigencias al Estado respecto de la protección ante dicho fenómeno, provocando la intensificación de la intervención penal respecto de los delitos vinculados al ejercicio de la función pública.

En razón de todo lo expuesto hasta aquí se puede afirmar que el delito de enriquecimiento ilícito es una manifestación del Derecho penal moderno, esto se ve manifestado en la técnica de tipificación utilizada, la formulación vaga del bien jurídico que se intenta proteger, la forma y la finalidad por la cual el legislador introdujo el artículo 241 bis del Código penal.

Como ya se mencionó anteriormente, el bien jurídico protegido en el enriquecimiento ilícito es el correcto desempeño de la función pública<sup>195</sup>. Sin embargo, no se puede negar la controversia en torno a la delimitación de este bien jurídico colectivo, que parte del hecho que no existe ninguna definición en el código penal de lo que ha de entenderse por función pública, quedando demostrada la amplitud y vaguedad con la que fue formulado este bien jurídico. Lo antes mencionado, refleja una vulneración al principio de lesividad, el cual tiene un rol fundamental respecto de la legitimidad de la intervención penal, ya que esta debe estar efectivamente orientada a la tutela de un bien jurídico,<sup>196</sup> teniendo siempre presente la determinación de contenidos que permita hacer una distinción entre aquellos ataques meramente administrativos u otro orden.<sup>197</sup> Esto es sumamente relevante, ya que se liga directamente con certeza que debe entregar el ordenamiento jurídico a las personas, sin embargo, si las leyes que se promulgan no son claras, o carecen de una real finalidad,

---

<sup>195</sup> OSSANDÓN, María. Consideraciones político- criminales sobre el delito de tráfico de influencias. *Revista de Derecho [online]*. 2003, Nro 10. [Fecha de consulta: 29 Noviembre 2021], p 162. Disponible en: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2161>

<sup>196</sup> RODRÍGUEZ, Luis. OSSANDÓN, María. *Delitos contra la función pública*. 2º ed. Chile: Editorial jurídica de chile, 2014. p. 95

<sup>197</sup> SZCZARANSKI, Clara. Un asunto criminal contemporáneo. Rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p 21

termina produciendo un efecto contrario al deseado, es decir, se genera una gran desconfianza e inseguridad en la población, en este caso específicamente en el sistema penal y en el Estado.

Respecto a aquello, si consideramos que el bien jurídico protegido es el correcto desempeño de la función pública, y esta última encuentra su contenido en el principio de probidad administrativa, se debe tener en consideración que en este principio lo relevante es el deber de desempeñarse con rectitud en el ejercicio de la función pública, en donde lo que importa es que el actuar de los funcionarios públicos se dirija a la consecución del bien común y prime ante los intereses personales.<sup>198</sup> Es así, que al hacerse tal afirmación surge otra cuestión sumamente relevante que dice relación con el deber que se está infringiendo, ya que si analizamos un poco más detenidamente aquello, podremos entender que realmente no es la probidad el deber infringido sino el deber de cumplir con la obligación de explicar algo, en este caso sería el explicar la procedencia del aumento relevante e injustificado. Ahora bien, si se considera que el bien jurídico tiene relación con el principio de probidad se estaría presumiendo que el funcionario público no fue probo, cuestión que nos lleva directamente a la técnica de tipificación utilizada en este delito, la cual será abordada más adelante.

Otra cuestión relevante en torno al bien jurídico protegido que debemos preguntarnos es ¿Cómo se lesiona realmente este bien jurídico? Es aquí precisamente donde surge otro de los grandes cuestionamientos a esta figura, ya que el legislador no describió con precisión la conducta punible, es más no señala cuál es la conducta prohibida u ordenada.<sup>199</sup> Es así, que el enriquecimiento ilícito no da cuenta de un comportamiento realmente, sino más bien del resultado de una conducta, por lo que el incremento patrimonial que hace mención el artículo 241 bis del CP termina siendo un

---

<sup>198</sup> REYES, Jorge. Probidad y corrupción. *Revista de Derecho* [online]. Diciembre de 1995. [fecha de consulta 20 de diciembre de 2021]. Vol. VI. pp 80-83. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/html/revider/v6/body/art04.htm>

<sup>199</sup> OLIVER, Guillermo Ob.Cit., p 473

mero resultado de una conducta que realmente no se ha descrito<sup>200</sup>, es en virtud de aquello que no existe claridad de cómo se lesiona realmente el bien jurídico que se intenta proteger en el enriquecimiento ilícito, lo único que queda claro de lo antes expuesto es la vulneración del principio de taxatividad establecido en el artículo 19 N°3 inc. 8 de la CPR.

En consecuencia, queda en evidencia que el bien jurídico del delito de enriquecimiento ilícito carece de claridad respecto de lo que realmente se quiere proteger, ya que existe un problema de delimitación entre el contenido del Derecho penal y el Derecho administrativo. Sin embargo, esta situación se podría clarificar si este bien jurídico se comprende desde el punto de vista del del Derecho administrativo sancionador, haciendo énfasis en el deber que ha sido infringido por el funcionario público, en este caso específicamente el deber de justificar en todo momento el aumento patrimonial relevante.

A todo aquello ha de sumarse, que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito de peligro abstracto, ya que si se considera que el bien jurídico es el correcto desempeño de la función pública ha de entenderse que esta encuentra su contenido en el principio de probidad establecido en el artículo 8 de la CPR en relación con el artículo 1 de la ley 20.880 sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses, derivando de aquello el deber de probidad que debe tener en todo momento el funcionario público.

Todo aquello cobra relevancia en la tipificación de esta figura como delito de peligro abstracto, ya que el legislador ha establecido que al existir un aumento relevante en el patrimonio del funcionario público se ha puesto en peligro el bien jurídico protegido en esta figura, es decir, el correcto desempeño de la función pública, lo que conllevaría una presunción respecto de que el funcionario público no ha actuado de

---

<sup>200</sup> *Ibíd.*, p 474

manera proba en el desempeño de su cargo, utilizando este para incrementar su patrimonio de manera ilícita. Tal afirmación no queda exenta de cuestionarse, ya que como mencionó anteriormente, se debe considerar que el deber que realmente se ha infringido es el de justificar la situación patrimonial, y no el de probidad, ya que existe un abanico infinito de conductas que pueden explicar el incremento del patrimonio<sup>201</sup>, siendo compuesta por comportamientos tanto lícitos como ilícitos a través de los cuales puede el funcionario aumentar su patrimonio.

Colocando en perspectiva lo que es el art. 241 bis del CP, se puede apreciar claramente otra de las características del Derecho penal moderno, esta es la administrativización del Derecho penal. Como ya se mencionó anteriormente, esta se caracteriza por la creación de nuevos delitos a partir de situaciones peligrosas para bienes jurídicos difusos, además de un alto número de remisiones a las normas administrativas para integrar el tipo penal, situación que genera una gran controversia respecto de los principios de legalidad y tipicidad.<sup>202</sup>

Como ya se pudo vislumbrar el art. 241 bis del CP tiene diversas remisiones a las normas administrativas, un ejemplo de aquello es el propio bien jurídico protegido de dicho artículo, es por ello que al carecer de una definición legal y de límites claros, se tiene que remitir al Derecho administrativo para delimitar de mejor manera que ha de entenderse por función pública y los deberes a los cuales están afectos los funcionarios públicos. Es por ello, que al analizar el delito de enriquecimiento ilícito se debe cuestionar si realmente el Derecho penal fue el instrumento correcto para sancionar este incremento injustificado, porque no se debe desconocer que la ley 20.088 que introdujo el delito de enriquecimiento ilícito tenía por finalidad, mejorar

---

<sup>201</sup>Ibíd., p 476

<sup>202</sup>SILVA, Diego. Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador. En: DÍEZ, José Luis. ROMERO, Carlos. GARCÍA, Luis, HIGUERA, Juan (Eds). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos. 2002. P 184. ISBN: 84-309-3921-0

desde un punto de vista administrativo, el sistema de declaraciones a que se hallaban sujetos los funcionarios públicos para convertirlo en uno de patrimonio.<sup>203</sup>

De esta forma, y teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, es conveniente precisar la verdadera finalidad por la cual el legislador introdujo el delito de enriquecimiento ilícito en la legislación penal, es decir, poder determinar si realmente se buscaba introducir una norma eficaz, que protegiera efectivamente un bien jurídico, o por el contrario, si el legislador solo buscaba generar un efecto tranquilizador en la opinión pública respecto del cumplimiento de su labor en la lucha contra el fenómeno de la corrupción, provocando aquello la dictación de una norma ineficaz que provoca un efecto comunicativo simbólico, que es propio del Derecho penal moderno.

Es así, como HERNÁNDEZ de manera muy certera manifestó en el primer año que fue introducido este ilícito al Código Penal que “El único alcance práctico que se le podría asignar al artículo 241 bis del CP, sería el de ser un tipo penal residual en sentido material, que abarque toda forma de enriquecimiento ilícito que no se encuentre especialmente tipificada en la ley, con lo cual, en rigor, deja de corresponder a lo que se entiende por un genuino delito de enriquecimiento ilícito.” Aquello que ya vaticinaba este autor, ha quedado de manifiesto en la actualidad al analizar la escasa jurisprudencia en torno a este delito, no siendo posible hablar de una real eficacia.<sup>204</sup>

Es así, como a la fecha de esta investigación no se ha evidenciado el carácter eficaz de esta norma, ya que no se han encontrado sentencias por el art. 241 bis del CP. Sin embargo, actualmente la fiscalía se encuentra investigando algunos casos por presunto enriquecimiento ilícito, el más reciente es el caso del ex alcalde de San Ramón Miguel Ángel Aguilera Sanhueza, este se encuentra actualmente formalizado en causa

---

<sup>203</sup> OLIVER, Guillermo Ob.Cit., pp 470-471

<sup>204</sup> RODRÍGUEZ, Luis. OSSANDÓN, María. Ob.Cit., p 215

Rit 3143-2018.<sup>205</sup> Por otra parte también se encuentra el bullado caso del ex ministro de la Corte de Apelaciones de Rancagua Emilio Elgueta,<sup>206</sup> el caso del excomandante en jefe del ejército de Chile Juan Miguel Fuente-Alba<sup>207</sup> y el caso del alcalde de Puerto Montt el cual no se encuentra formalizado, pero si se encuentra siendo investigado por un posible caso de enriquecimiento ilícito.<sup>208</sup>

Por último, es preciso mencionar una cuestión que en este caso cobra gran relevancia, esta es, como el Derecho penal ha pasado a ser un instrumento de ultima ratio a ser un instrumento de prima ratio, convirtiéndose este en el primer y casi único recurso para las exigencias de la sociedad actual.<sup>209</sup> Lo anterior, queda en evidencia en el artículo 241 bis del CP, respecto de la idoneidad que tiene el Derecho administrativo por sobre el derecho penal para encargarse de este tipo de situaciones, teniendo incluso un actuar mucho más eficaz y persuasivo de lo que genera actualmente el Derecho penal.

---

<sup>205</sup> CARVAJAL, Claudia. Caso San Ramón: Ministerio público pide prisión preventiva para Miguel Ángel Aguilera por considerarlo un peligro para la sociedad. Diario UChile [online]. Santiago, 26 Julio. [Fecha de consulta: 20 Diciembre 2021]. Sección de política y justicia. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2021/07/26/caso-san-ramon-ministerio-publico-pide-prision-preventiva-para-miguel-angel-aguilera-por-considerarlo-peligro-para-la-sociedad/>.

<sup>206</sup> FUENTES, Rodrigo. Ministro Elgueta es formalizado por prevaricación y enriquecimiento ilícito. Diario UChile. Santiago, 26 de Abril. [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2021]. Sección justicia nacional. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2019/04/26/ministro-elgueta-es-formalizado-por-prevaricacion-y-enriquecimiento-ilicito/>

<sup>207</sup> MATUS, Javiera. Formalización de Fuente-Alba: El sistema que según la fiscalía usó el general (R) para lavar \$660 millones de origen desconocido. La tercera [online]. Santiago, 20 Junio 2019. [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2021]. Sección Nacional. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/formalizacion-fuente-alba-sistema-segun-la-fiscalia-uso-general-r-lavar-660-millones-origen-desconocido/708097/>

<sup>208</sup> PAVEZ, Gerardo. Investigan presunto enriquecimiento ilícito del alcalde de Puerto Montt. Diario de Puerto Montt. Puerto Montt, 1 de abril de 2021. [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2021]. Sección política. Disponible en: <https://www.diariodepuertomontt.cl/noticia/politica/2021/04/investigacion-presunto-enriquecimiento-ilicito-del-alcalde-de-puerto-montt>

<sup>209</sup> MORENO, Moisés. Las transformaciones de la legislación penal mexicana de los últimos veinte años (los vaivenes de la política criminal mexicana). Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador. DÍEZ, José Luis. ROMERO, Carlos. GARCÍA, Luis, HIGUERA, Juan (Eds). En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos. 2002. P 458. ISBN: 84-309-3921-0

## CONCLUSIONES

La finalidad de este trabajo fue demostrar que el bien jurídico del artículo 241 bis del código penal chileno es una manifestación del Derecho penal moderno, esto a través de la exposición de lo que es el Derecho penal moderno, el fenómeno de la corrupción y la incorporación de esta figura en las distintas legislaciones a nivel comparado. A continuación, se señalan las principales conclusiones respecto de esta investigación:

**Primera:** La sociedad actual de por sí es compleja, como se pudo apreciar a lo largo de este trabajo, constantemente se encuentra sumida bajo la sensación de inseguridad provocada por los nuevos riesgos, sin embargo estos en muchas ocasiones generan mayor inseguridad y temor de lo que realmente pueden llegar a producir, es por ello, que se considera que el principal instrumento que se debe utilizar para combatir aquello es la educación e información cierta, para que la población conozca las reales implicancias y consecuencias de los riesgos.

**Segunda:** Respecto de la modernización del Derecho penal, se debe tener en consideración la enorme complejidad de la sociedad actual, y los profundos cambios que ha experimentado en razón de las nuevas exigencias sociales, siendo aquello un factor determinante en el protagonismo que ha experimentado el Derecho penal. Es por ello, que no se comparte la idea que solamente el Derecho penal deba hacerse cargo de

las exigencias de la población, la cual reclama mayor seguridad ante la constante sensación de inseguridad y miedo por el contexto actual. Pese a aquello, no se pretende excluirlo por completo, sino hacer reparos en la forma que se está llevando a cabo este proceso de modernización y las consecuencias que ello ha traído consigo. Sin embargo, se debe destacar que se comparte la intervención siempre que esta sea legítima y esté acorde a los principios irrenunciables del Derecho penal.

**Tercera:** La transición del Derecho penal de la ilustración al Derecho penal moderno es evidente e innegable. Siendo caracterizado este último por la utilización preferente de la técnica de delitos de peligro abstracto a través de los cuales se busca proteger bienes jurídicos colectivos, provocando que en muchas ocasiones el Derecho penal produzca un efecto comunicativo simbólico, perdiendo su real eficacia. En base a lo anterior, se reconoce la vaguedad e imprecisión con la que muchas veces son formulados los bienes jurídicos colectivos, sin embargo, ello no debe ser motivo para descartar de manera tajante su utilización, sino por el contrario, se debe exigir un alto estándar en su utilización, limitando su uso a los criterios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad. En este mismo sentido, se considera que ha existido un uso desmesurado de los delitos de peligro abstracto, en virtud de una tendencia político-criminal predominante, que es la anticipación de la intervención penal en momentos anteriores a la puesta en peligro concreta o la lesión de un bien jurídico, es por ello que se considera que no se deben utilizar de manera desmesurada, su utilización debe atender a criterios de estricta necesidad.

**Cuarta:** La corrupción es un fenómeno mundial que amenaza la estabilidad y seguridad de las sociedades, trayendo consecuencias perjudiciales para la sociedad en los diversos ámbitos de desarrollo. Es imposible negar el daño que genera la corrupción en todas sus esferas, más aún cuando esta recae sobre el ámbito público, es por ello, que es de suma importancia evidenciar los reales riesgos de la corrupción y cuáles son los instrumentos idóneos para combatirlos, es así, que se considera que el Derecho penal no debiese ser utilizado preferentemente en la lucha contra la corrupción, sino como ultima ratio, ya que de manera preferente se deben utilizar los órganos de control

que se especialicen en evitar este tipo de actos, además del Derecho administrativo, y en caso que estos sean insuficientes llegar a la utilización del Derecho penal.

**Quinta:** Cuando nos referimos a los delitos funcionarios, se destacaron dos cosas que son de suma relevancia:

- La primera de ellas tiene relación con el concepto de funcionario público y su ampliación para efectos penales (art. 260 CP), es aquí donde surgió una cuestión sumamente interesante, ya que se considera que la ampliación de este concepto atiende a un criterio funcional, cuestión que nos llevó a entender que los delitos funcionarios son delitos de infracción de deber, en razón de aquello, quedan en calidad de sujeto activo cualquier persona que se encuentre obligada por un deber extrapenal que pesa sobre aquellos que desarrollan la función pública.
- La segunda tiene relación con el bien jurídico protegido de los delitos funcionarios, si bien es cierto la doctrina ha llegado a un consenso que el bien jurídico es el correcto desempeño de la administración pública, quedó en evidencia que este concepto no tiene una definición legal, además de generar serios cuestionamientos en cuanto a qué es lo que realmente se pretende proteger y cómo se lesiona realmente este bien jurídico.

**Sexta:** En cuanto al delito de enriquecimiento ilícito en la legislación comparada se llegó a la conclusión que este es una manifestación del Derecho penal moderno, esto en razón de que se evidencia el uso de bienes jurídicos colectivos, que en mucho de los casos han sido definidos de forma vaga e imprecisa. Otra de las cuestiones que quedó en evidencia es que la flexibilización de los principios político- criminales y reglas de imputación ha traído consigo en muchos de los casos la vulneración de las garantías constitucionales y los derechos fundamentales. Es así, que se aprecia el gran problema en torno a este delito en las distintas legislaciones, quedando en evidencia las similitudes en y problemáticas que ha presentado la figura del enriquecimiento ilícito.

**Séptima:** Al considerar que los delitos funcionarios son delitos de infracción de deber, nos hace llegar a la conclusión que se clarifica el concepto de funcionario público del art 260 del CP, esto en virtud, de que pone en la condición de sujeto activo a todo aquel que se encuentre obligado por un deber extra penal al desarrollar la función pública. Sin embargo, hay una cuestión que no puede desconocerse en este punto, y es el adelantamiento de la tutela penal, cuestión que también es una clara manifestación del Derecho penal moderno.

**Octava:** Sobre la base de las conclusiones precedentes, es que se ha trabajado la introducción del delito de enriquecimiento ilícito en nuestro país, es así como:

- El artículo 241 bis del CP se introdujo en la legislación penal con la finalidad de ser un aporte ante las exigencias de la sociedad actual en base a la inseguridad, incertidumbre y descontento que se genera a raíz de la corrupción pública.
- En el análisis de esta figura se llegó a la conclusión que, si bien es cierto, en nuestro país se intentó subsanar las problemáticas que presenta el delito de enriquecimiento ilícito en las otras legislaciones, aquello realmente no se logró, esto en virtud de: I) se protege un bien jurídico colectivo que ha sido formulado de manera vaga e imprecisa; II) produce un efecto comunicativo simbólico; III) no se encuentra establecida claramente cuál es la conducta prohibida.
- En el análisis del artículo 241 bis se llegó a la conclusión que este es una manifestación del Derecho penal moderno, esto en base a lo que ya se expuso en la conclusión precedente, sumado a que se tipificó esta figura como delito de peligro abstracto, la notoria administrativización que se evidencia y la ineficacia que se ha demostrado desde su introducción a la legislación penal.
- Al considerar que los delitos funcionarios son delitos de infracción de deber, nos hace llegar a la conclusión que se clarifica el concepto de funcionario público del art 260 del CP, esto en virtud, de que pone en la condición de sujeto activo a todo aquel que se encuentre obligado por un deber extra penal al

desarrollar la función pública. Sin embargo, hay una cuestión que no puede desconocerse en este punto, y es el adelantamiento de la tutela penal, cuestión que también es una clara manifestación del Derecho Penal moderno.

- El art. 241 bis del CP ha demostrado un carácter ineficaz a la fecha, se puede apreciar que no ha tenido gran aplicación desde su publicación, es más en la investigación realizada no se encontraron condenas por este delito, provocando solamente un efecto comunicativo simbólico.
- En virtud del análisis del art. 241 bis del CP se considera que este debiera tratarse a partir del Derecho administrativo sancionador y no desde un ámbito penal, ya que se considera que el primero actuaría como medio más idóneo en estos casos.

## BIBLIOGRAFÍA

-ARTAZA, Osvaldo. La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho. *Revista Política Criminal* [online]. 2016, vol.11, n.21 [Fecha de consulta 04 Septiembre 2021], pp.307-339. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000100011>.

-ASTRANA, Alejandro. Estudio sobre la corrupción en América Latina. *Revista mex. opinión pública* [online]. 2019, n.27 [Fecha de consulta: 01 Octubre 2021], pp.13-40. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/fcpys.24484911e.2019.27.68726>.

-BACILOGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*. Madrid: Marcial Pons, 2007. P 22

-BLANCO, Isidro. El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva Europea: sobre su inconstitucionalidad declarada por el tribunal constitucional Portugués. *Revista Asociación internacional de Derecho Penal [En línea]*. 2013. [Fecha de consulta: 25 octubre 2021]. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/32321234.pdf>

-BLANCO, Isidro. El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos. *Revista Ciencia Penal y Criminología [En línea]*. Agosto 2017. [Fecha de consulta 23 Octubre 2021]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-16.pdf>

-BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DEL CONGRESO DE CHILE. Código penal [en línea]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984>

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DEL CONGRESO DE CHILE. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29967>

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Ley 20.088: Establece como obligatoria la declaración jurada patrimonial de bienes a las autoridades que ejercen la función pública. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=245930>

-BECK, ULRICH. *Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998

-BUGUEÑO, Luz. *Autoría penal por responsabilidad colectiva. Más allá del injusto individual*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.

-BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. *Revista de Derecho penal* [online]. 2019, n 27 [Fecha de consulta: 03 Diciembre de 2021]. Disponible en: <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/penal/article/view/1925/1619>

-BRAVO, María. La corrupción y la restauración del orden. Una aproximación al procedimiento discursivo del mercurio y las últimas noticias. Tesis para optar al grado de Magíster en Comunicación Política. Chile, Universidad de Chile, Instituto de la Comunicación y la Imagen, Magíster en Comunicación Política. 2008

-CAMPIONE, Roger. El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la kollateralschädengesellschaft. En: AGRA, Cándido. DOMÍNGUEZ, José Luis. GARCÍA, Juan. *La seguridad en la sociedad de riesgo: Un debate abierto*. España: Atelier, 2003. P.12. ISBN: 84-95458-92-6

-CARDOZO, Rodrigo. Bases de política criminal y protección penal de la seguridad vial (especialmente sobre el artículo 379 del código penal). Doctorado, Derecho Penal. Salamanca: S.I.: Universidad de Salamanca, Departamento de Derecho Público General, Área de Derecho Penal. 2009.

-CARRASCO, Edison. La “teoría material del bien jurídico” del sistema Bustos/Hormazábal. *Revista Estudios penales y criminológicos* [online]. 2015, vol 35. [Fecha de consulta 10 Diciembre de 2021]. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2769544](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2769544)

-CARVAJAL, Claudia. Caso San Ramón: Ministerio público pide prisión preventiva para Miguel Ángel Aguilera por considerarlo un peligro para la sociedad. Diario UChile [online]. Santiago, 26 Julio. [Fecha de consulta: 20 Diciembre 2021]. Sección de política y justicia. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2021/07/26/caso-san-ramon-ministerio-publico-pide-prision-preventiva-para-miguel-angel-aguilera-por-considerarlo-peligro-para-la-sociedad/>

-CEREZO, José. Los Delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo. *Revista Derecho penal y Criminología* [online]. 2002, n ° 10 [ Fecha de consulta 10 Diciembre 2021]. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-10-5020&dsID=Documento.pdf>

-CHIARA, Carlos. Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados. *Revista de pensamiento penal [En línea]*. Noviembre 2013. [Fecha de consulta: 22 Octubre 2021]. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37774.pdf>

-CHILE. Comisión Nacional de Ética. Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la probidad pública y la prevención de la corrupción. *Revista de ciencia política [online]*. Enero de 2020. Vol.18, no 1-2 (1996). [Fecha de consulta: 21 Septiembre 2021]. Disponible en: <http://ojs.uc.cl/index.php/rcp/article/view/11286>

-CHILE TRANSPARENTE. Chile Transparente: Transparency International [online]. [Fecha de consulta: 22 septiembre 2021]. Disponible en: <https://www.chiletransparente.cl/>

-CONSEJO de auditoría interna general de gobierno. Conceptos generales sobre delitos funcionarios. Santiago: Ministerio Secretaria General de la Presidencia. 2006

-CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Radiografía de la corrupción: Ideas para fortalecer la probidad en Chile*. Santiago.2020

-CUBILLOS, Sofia. Revisión de criterios jurisprudenciales sobre peligro para la seguridad de la sociedad en la aplicación de la medida de prisión preventiva en casos de delitos económicos de alto impacto mediático. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile, Universidad de Chile, Facultad de derecho, Departamento de Derecho Procesal. 2018

-DE PABLOS, Marta. La influencia de la ilustración en el Derecho penal: revisión y actualidad. Tesis para optar al grado de ciencias políticas. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, Escuela de derecho. 2014

-DEPARTAMENTO de derecho internacional. Organización de los Estados Americanos [online]. [Fecha de consulta 17 septiembre 2021]. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corrupcion.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp)

-DEPARTAMENTO de derecho internacional. Organización de los Estados Americanos [online]. [Fecha de consulta 10 octubre 2021]. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corrupcion.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp)

-DÍEZ, José. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Revista del instituto de investigaciones jurídicas [online]*. 2003. [Fecha de consulta: 05 Diciembre de 2021]. Disponible en: <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/8el-derecho-penal-simbolico-y-los-efectos-de-la-pena.pdf>

-DICCIONARIO de la lengua española [en línea]. 23 ed. España: Real Academia Española. 2014 [fecha de consulta: 01 octubre de 2021]. Consultado en: <https://dle.rae.es/corrupti%C3%B3n>

-DICCIONARIO de la lengua española [en línea]. 23 ed. España: Real Academia Española. 2014 [fecha de consulta: 20 Noviembre de 2021]. Consultado en: <https://dle.rae.es/riesgo>

-DICCIONARIO de la lengua española [en línea]. 23 ed. España: Real Academia Española. 2014 [fecha de consulta: 15 octubre de 2021]. Consultado en: <https://dle.rae.es/iberoamericano>

Iberoamérica. Significados. [Fecha de consulta: 20 de Octubre 2021]. Disponible en: <https://www.significados.com/iberoamerica/>

-DÍAZ, Juan. *El enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. Proyecto de investigación de tesis doctoral en derecho. España, Universidad de Alcalá de Henares. 2009

-DÍEZ, José. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Revista del instituto de investigaciones jurídicas [online]*. 2003. [Fecha de consulta: 05 Diciembre de 2021]. Disponible en: <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/8el-derecho-penal-simbolico-y-los-efectos-de-la-pena.pdf>

-*El mostrador [online]*. Santiago, 16 de abril de 2021. [ Fecha de consulta: 22 septiembre 2021]. Sección País. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/dia/2021/04/16/caso-luminarias-led-formalizan-a-cuatro-imputados-incluyendo-a-exfuncionario-del-ministerio-de-energia/>

-ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal parte especial. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997

-ENNIS, José. Alternativas interpretativas, dogmática y decisión política en torno al delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos. *Revista Anales [En Línea]*. 2017, n 47. [Fecha de consulta 29 Noviembre 2021]. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/4237>

-FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre la «administrativización» del Derecho penal en la «sociedad del riesgo». En: DÍEZ, José Luis, ROMERO, Carlos. GRACÍA, Luis, HIGUERA, Juan (Eds). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos. 2002. ISBN: 84-309-3921-0

-FISCALÍA general de la nación. *Tipologías de corrupción en Colombia* [Bogotá]. Fiscalía, 2018

-FLÁVIO, Luiz. “Globalización y derecho penal”. En: DÍEZ, José. ROMERO, Carlos. GRACÍA, Luis, e HIGUERA, Juan (Eds). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos. 2002. P 343. ISBN: 84-309-3921-0

-FUENTES, Rodrigo. Ministro Elgueta es formalizado por prevaricación y enriquecimiento ilícito. Diario UChile. Santiago, 26 de Abril. [Fecha de consulta: 20

de diciembre de 2021]. Sección justicia nacional. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2019/04/26/ministro-elgueta-es-formalizado-por-prevaricacion-y-enriquecimiento-ilicito/>

-GRACÍA, Luis. ¿Qué es la modernización del derecho penal? En: DÍEZ, José ROMERO Carlos, GRACÍA, Luis. HIGUERA, Juan (Eds). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos. 2002. ISBN: 84-309-3921-0

-GÜNTHER, Klaus. Amenazas a la libertad individual en el Derecho penal. *Revista Política Criminal* [online]. 2021, vol.16, n.31 [Fecha de consulta 03 Diciembre 2021]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v16n31/0718-3399-politcrim-16-31-437.pdf>

-HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1991

-HEFENDEHL, Ronald. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Derecho penal y Criminología* [online]. 2004, vol 25, n 76. [Fecha de consulta: 03 Diciembre de 2021]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1032>

-HERNÁNDEZ, Héctor El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho (Valparaíso)* [en línea]. 2006. [fecha de Consulta 18 de Octubre de 2021]. ISSN: 0716-1883. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173620140007>

- LAUZÁN, Silvana. TORO, Constanza. *Anti-Corrupción: actualizando desafíos*. Santiago: Universidad de Chile, 2009

-LASCANO, Julio. “*La insostenible modernización del Derecho penal*” basado en la “*tolerancia cero*” desde la perspectiva de los países “*emergentes*”. En: PÉREZ, Fernando. DÍAZ, Lina. GARCÍA, Ana. *Serta in memoriam Louk Hulsman*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2016.

-LÓPEZ, Jacobo. El papel del Derecho penal en la segunda modernidad. En: DÍEZ, José. ROMERO Carlos María, GARCÍA, Luis, e HIGUERA, Juan (Eds). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos. 2002. P 326. ISBN: 84-309-3921-0

-MALDONADO, FRANCISCO. Derecho penal excepcional y delincuencia cotidiana. Reflexiones sobre la extensión y alcances de los nuevos modelos de la legislación penal. RODRÍGUEZ, LUÍS, coord. En: *Derecho, Pena y Delito*. Santiago: Editorial jurídica, 2008. ISBN 978-956-10-1876-1

-MALDONADO, Francisco. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal. *Revista de la justicia [online]*. 2006, n 7. [Fecha de consulta: 12 Diciembre de 2021]. Disponible en: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15082>

-MAÑALICH, Juan. La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación. *Revista de Estudios de Justicia [online]*. Diciembre 2015, no 23. [Fecha de consulta 01 octubre 2021]. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/38977/40615>

-MAÑALICH, Juan. *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal Chileno*. Santiago: Thomson Reuters, 2020. P 364

-MATUS, Javiera. Formalización de Fuente-Alba: El sistema que según la fiscalía usó el general (R) para lavar \$660 millones de origen desconocido. La tercera [online]. Santiago, 20 Junio 2019. [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2021]. Sección Nacional. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/formalizacion-fuente-alba-sistema-segun-la-fiscalia-uso-general-r-lavar-660-millones-origen-desconocido/708097/>

-MARQUÉS, María. Problemas de legitimación del Derecho penal del miedo. *Revista Política Criminal [online]*. 2017, vol.12, n.24 [Fecha de consulta 02 Diciembre 2021]. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/13529.pdf>

-MENDOZA, Blanca. “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad de la sociedad del riesgo”. En: DÍAZ- MAROTO, Julio (eds). *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*. Madrid: Colex, 2006

-MENDOZA, Blanca. *El derecho penal en la sociedad de riesgo*. Madrid: Civitas, 2001

-MORENO, Moisés. Las transformaciones de la legislación penal mexicana de los últimos veinte años (los vaivenes de la política criminal mexicana). Posibles obstáculos para aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador. En: DÍEZ, José Luis. ROMERO, Carlos. GARCÍA, Luis, HIGUERA, Juan (Eds). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos. 2002. P 458. ISBN: 84-309-3921-0

-MUHR, Benjamín. Consecuencias procesales de la expansión del derecho penal. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile, Universidad de Chile, Facultad de derecho, Departamento de Derecho Procesal. 2010

-NAVAS, Iván. Deberes negativos y positivos en el derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch., 2018

-NAKAZAKI, César. Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria. *Revista Ius et Praxis [En línea]*. Diciembre 2002, nro. 33. [Fecha de consulta: 06 noviembre 2021]. P 6. Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080526\\_46.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_46.pdf)

-OLIVER, Guillermo. Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito. En: RODRÍGUEZ, Luis (coord.). *Delito, Pena y Proceso: Libro homenaje a Tito Solari Peralta*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008

-ORELLANA, Patricio. Chile, un caso de corrupción oculta. *Revista de sociología, Universidad de Chile [online]*. 2007, no 21. [Fecha de consulta: 02 septiembre 2021]. Disponible en: <https://revistadesociologia.uchile.cl/index.php/RDS/article/view/27528>

-ORELLANA, Patricio. Chile, un caso de corrupción oculta. *Revista de sociología, Universidad de Chile [online]*. 2007, no 21. [Fecha de consulta: 02 septiembre 2021]. Disponible en: <https://revistadesociologia.uchile.cl/index.php/RDS/article/view/27528>

-OKSENBERG, Daniel. FLORES, Cristián. Principios de legitimación del ius puniendi estatal en el derecho administrativo sancionador: revisión crítica. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile. Universidad de Chile, Facultad de derecho, Departamento de Derecho Público. 2009.

-PARIONA, Raúl. El derecho penal “moderno”. Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *Revista Derecho y Criminología [online]*. 2006, vol 27, n 82. [ Fecha de consulta: 08 Diciembre 2021]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/980/930>

-PAVEZ, Gerardo. Investigan presunto enriquecimiento ilícito del alcalde de Puerto Montt. *Diario de Puerto Montt*. Puerto Montt, 1 de abril de 2021. [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2021]. Sección política. Disponible en: <https://www.diariodepuertomontt.cl/noticia/politica/2021/04/investigan-presunto-enriquecimiento-ilicito-del-alcalde-de-puerto-montt>

-PELAYO, Ángel. La humanización del Derecho penal y procesal. Razón y sensibilidad. *Revista derechos y libertades [online]*. 1999, n 4. [Fecha de consulta: 03 Diciembre de 2021]. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1362/DyL-1999-IV-7-Pelayo.pdf?sequence=1>

-PERÉZ, Jorge. El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y la norma sustantiva. *Revista Derecho y cambio social [En línea]*. Julio 2013. [Fecha de Consulta: 24 Octubre 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5493218.pdf>

-PEZO, Cecilia. El bien jurídico específico en el delito de enriquecimiento ilícito. Tesis para optar al grado de magíster en Derecho Penal. Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. 2014

-POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Piere, RAMÍREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho penal chileno: Parte especial*. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004

-PORTILLA, Guillermo. *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007

-PRADO, Gabriela. DURÁN, Mario. Sobre la evolución de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. precisiones y limitaciones previas para una propuesta de protección penal del orden público económico en Chile. *RDUCN* [online]. 2017, vol.24, n.1 [Fecha de consulta: 03 Diciembre de 2021]. Disponible: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000100263>

-RAMÍREZ, Guillermo. MARTÍNEZ, Carlos. Comentarios relevantes sobre el índice de confiabilidad en los funcionarios judiciales del Estado de Tabasco. *Revista Derecho glob. Estud. sobre derecho justicia* [online]. 2017, vol.2, n.6 [Fecha de consulta 18 Agosto 2021], pp.145-164. Disponible en: <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i6.94>

-RAMOS, María. SANÁIS, Sebastián. *Los delitos de peligro y el principio de lesividad*. Asociación argentina de profesores de Derecho penal, 2013

-RELATORÍA. Corte Internacional de la República de Colombia [En línea]. [Fecha de consulta: 26 Octubre 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-319-96.htm>

-REYES, Carlos. Para entender: ¿Qué es el caso luminarias, por el cual allanaron la municipalidad de Recoleta? *La tercera* [online]. Santiago, 08 de enero de 2021. [Fecha de consulta: 22 septiembre 2021]. Sección de política. Disponible en: <https://www.latercera.com/politica/noticia/para-entender-que-es-el-caso-luminarias-por-el-cual-allanaron-la-municipalidad-de-recoleta/VR4OMAGHARC25NCFQ5UQTKVVPA/>

-REYES, Javiera. Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile. Universidad de Chile, Facultad de derecho. 2009

-REYES, Jorge. Probidad y corrupción. *Revista de Derecho* [online]. Diciembre de 1995. [fecha de consulta 20 de diciembre de 2021]. Vol. VI. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/html/revider/v6/body/art04.htm>

-RÍOS, Camila. El quiebre de la confianza institucional como motor de la crisis social. Tesis para optar al grado de Magíster de Políticas Públicas. Chile, Universidad del Desarrollo, Facultad de Gobierno.2020

-RODRÍGUEZ, Luis. OSSANDÓN, María. *Delitos contra la función pública*. 2° ed. Chile: Editorial jurídica de Chile, 2014

-RODRIGUEZ, Luis. La función pública como objeto de tutela penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [En línea]*. 2005, n°26 [Fecha de consulta: 20 Octubre 2021], p 331. Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/579>

-ROJAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 4° Ed. Perú: Grinjeley, 2007

-SÁNCHEZ, Cristian. El enriquecimiento ilícito ¿Una propuesta inconstitucional? *Revista de estudios penales y de seguridad [en línea]*. Marzo 2019. [Fecha de consulta: 02 Noviembre 2021]. Disponible: <https://www.ejc-reeps.com/CRISTIAN-1.pdf>

-SÁNCHEZ, María. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. España: Ediciones Universidades de Valladolid, 1999

-SANTANA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000

-SANDHAGEN, Alberto. La inversión de la carga de la prueba. A propósito del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público y la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba. *Revista pensamiento penal [En línea]*. Abril 2019. [Fecha de consulta: 01 Noviembre 2021]. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/04/doctrina47526.pdf>

-SCALCON, Raquel. GIULIANI, Emilia. Reflexión sobre la criminalización del enriquecimiento ilícito en Brasil: un análisis de la legitimidad constitucional y dogmático penal del proyecto de ley 4750/2016. *Revista Nuevo foro penal [En línea]*. Mayo 2018. vol.14, Nro 90. [Fecha de consulta: 02 Noviembre 2021]. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/5185/4230>

-SILVA, Diego. Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador. En: Díez, José Luis, ROMERO, Carlos. GARCÍA, Luis, HIGUERA, Juan (Eds). En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos. 2002. ISBN 84-309-3921-0

-SILVA, Jesús. *La expansión del derecho penal*. 2° ed. Madrid: Civitas, 2004

-SZCZARANSKI, Clara. Un asunto criminal contemporáneo. Rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010

-TABLANTE, Carlos. MORALES Mariela. (eds.). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. México: Instituto de estudios constitucionales del Estado de Querétaro.2008

-TORRES, Felipe. Incertidumbre política y precio de las acciones: evidencia del caso sqm en Chile. Tesis para optar al grado de magíster en finanzas. Chile, Universidad de Chile, Posgrado en economía y negocios. 2018

-TRANSPARENCY INTERNATIONAL. [Fecha de consulta: 20 de septiembre 2021]. Disponible en: <https://www.transparency.org/es/news/corruption-and-the-coronavirus>

-VAN WEZEL, Alex. *Delitos tributarios*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2007. pp 114-115

-VILLEGAS, Myrna. Corrupción y criminalidad organizada: Aproximaciones al terrorismo, contraterrorismo y tráfico de armas. *Revista de estudios de la justicia [en línea]*. Junio 2008, no.28. [Fecha de consulta: 22 septiembre 2021]. Disponible en: <https://revistaderechoeconomico.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/50371/52818>

-VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el «principio del daño». En: HEFENDEHL, Ronald (eds). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. 2007. ISBN: 978-84-9768-358-6