

EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO COMO DELITO RESIDUAL

*Raúl Fabriciano Arismendi Ramírez**

RESUMEN

En el ámbito de la denominada “lucha contra la corrupción”, Chile, bajo la Ley N° 20.088, tipificó en el artículo 241 bis del Código Penal el delito de enriquecimiento ilícito o injustificado. Esta figura no ha pasado inadvertida para la doctrina tanto nacional como internacional y ha sido objeto de diversas críticas por parte de ambas. El presente trabajo tiene por objeto analizar la aludida institución delictiva, desde la perspectiva de determinar si estamos frente a una manifestación residual o, por el contrario, ante una inútil prácticamente, junto con revisar también los distintos argumentos que se esgrimen acerca de ella por parte de la doctrina, y además, los diversos considerandos formulados por nuestros tribunales, lo que, en consecuencia, convierte a este tipo penal en una entidad residual en nuestro ordenamiento en el marco de los delitos contra la función pública.

Palabras clave: Enriquecimiento ilícito, delitos funcionarios, figura residual.

INTRODUCCIÓN

Tras la dictación de la Ley N° 20.088 en 2006, que estableció la obligatoriedad de elaborar una declaración jurada patrimonial de bienes respecto de quienes ejercen una función pública, se incorporó a nuestro Código Penal el delito de enriquecimiento ilícito o injustificado, en el artículo 241 bis de dicho cuerpo normativo. Dicha situación se produjo tras un arduo debate respecto de si nuestro país se encontraba o no dentro de la obligación de carácter internacional de tipificar la ya mencionada figura típica, al estar Chile suscrito a dos tratados internacionales que buscaban

* Abogado Universidad de los Andes, Magíster en Derecho Penal Económico USS. Correo electrónico: rf.arismendi@gmail.com

prevenir y sancionar los distintos supuestos punitivos que pudieran darse dentro del ámbito de la corrupción en la función pública: la Convención Interamericana contra la Corrupción¹ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción², de 1996 y 2003, respectivamente.

Luego de un amplio y extenso debate, se tipificó como delito mediante la siguiente figura: “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”.

La doctrina nacional y extranjera ha debatido acerca de la utilidad de este tipo penal específico, junto con su efectividad, para poder determinar así si se trata de una figura práctica que pueda ser aplicada dentro del ámbito de los delitos funcionarios como un delito genérico o residual a la hora de sancionar a distintos funcionarios públicos, o si, por el contrario, nos encontramos ante una figura inútil que según cierta doctrina vulneraría garantías fundamentales de los ciudadanos.

¹ Art. IX. C.I.C.C. Enriquecimiento ilícito. 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 Parte que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, este 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.

² Art. XX. C.N.U.C. Enriquecimiento ilícito. 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.

Lo anterior nos impulsa a razonar que se trataría más bien de una figura genérica con poca aplicación práctica; en lo que sigue se analizará si es posible arribar a tal conclusión.

1. NOCIONES PRELIMINARES

Antes de referirnos al tema principal de este trabajo, tenemos que aludir a ciertos aspectos fundamentales acerca del delito de enriquecimiento ilícito contenido en la figura típica, que consagra el artículo 241 bis de nuestro Código Penal.

En primer lugar, señalamos que fue consagrado por el legislador para hacer frente a la corrupción ejercida por los agentes encargados de realizar la denominada función pública, en especial cuando por parte de ellos se da alguna especie de aprovechamiento para obtener así algún beneficio³.

Es oportuno recordar el concepto de funcionario público contenido en el artículo 260 de nuestro cuerpo punitivo, el que señala: “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, *se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública*, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean 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”.

Teniendo ya entonces la noción acerca del campo de aplicación en el que opera, así como la calidad que debe poseer el autor o sujeto activo del delito, nos encontramos entonces ante un tipo penal cuyo bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de la función pública, junto con tutelar también el principio de probidad que pesa sobre los funcionarios públicos, por lo que estamos en presencia de un delito pluriofensivo⁴.

La conducta punible consiste en que durante el tiempo en que el funcionario público haya ejercido sus funciones, este haya obtenido un incremento patrimonial relevante e injustificado, situación en la que se exige acreditar tanto que el patrimonio del funcionario se haya incrementado de una manera notable durante el ejercicio de su cargo, como el que el aumento de dicho patrimonio se haya conseguido de forma indebida⁵.

Al hablar de que el incremento patrimonial sea de tipo relevante quiere decir que dicho aumento debe ser de tipo importante o significativo, por lo que es necesario tener en consideración el nivel de las remuneraciones que reciba o haya recibido el autor, como así también la composición de su patrimonio, y tener presente la evolución que este haya tenido en el tiempo en que haya ejercido sus funciones.

³ Rodríguez/Ossandón, 2011, p. 42.

⁴ Chávez Chávez, 2023, p. 617.

⁵ Matus/Ramírez, 2021, p. 299.

En la misma línea, no basta entonces con demostrar el aumento de la situación patrimonial, sino que, además, dicho incremento se debió haber logrado de manera injustificada, situación que se generará cuando al ser requerido el sujeto activo, este no puede demostrar que dicho aumento se haya producido de manera legítima o justificada.

Con el tipo objetivo ya delineado, es necesario señalar que al estar en presencia de un problema producto de la falta de exhaustividad en la descripción de la conducta, surge un problema al realizar el análisis respecto del tipo subjetivo de esta figura⁶. A causa de dicha situación es que hay una amplia doctrina, la que critica la legitimidad junto con la utilidad que pueda tener este tipo penal, la que analizaremos posteriormente en este trabajo.

No obstante las críticas que podamos hallar vinculadas a esta figura, creemos que se está en presencia de un delito que requiere ser realizado con el dolo de conocer que se está sacando provecho de los beneficios de estar ejerciendo una función pública para así aumentar los activos o reducir los pasivos de la situación patrimonial de quien está ejerciendo el cargo, no pudiendo así haber hipótesis culposas de enriquecimiento injustificado de los distintos funcionarios públicos.

Respecto de la sanción asignada a este delito, le corresponde una pena compuesta de multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido junto con la inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.

Por último, si comparamos la pena asignada al delito en nuestro Código Penal con la sanción designada a este mismo tipo dentro de los ordenamientos jurídicos de países vecinos, así como Argentina, Colombia, México y Perú, podemos señalar que en nuestra legislación la pena asignada es más benévola, ya que *a contrario sensu*, los países mencionados anteriormente consideran penas privativas de libertad e incluso la posibilidad de sancionar a particulares que no poseen la calidad de funcionario público para este delito⁷.

2. UTILIDAD DEL TIPO PENAL

Al momento de ser incorporada en nuestro ordenamiento la figura del enriquecimiento ilícito o injustificado, hubo quienes la señalaron como un delito “de recogida”⁸, tras señalar que se aprobó su ingreso por supuestos mandatos de tratados internacionales, a los que nuestro país adhirió y ratificó, junto también con señalar, por parte

⁶ Chávez Chávez, 2023, p. 623.

⁷ *Ibid.*, p. 626.

⁸ Bullemore/Mackinnon, 2007, p. 179.

de quienes apoyan su persecución, que fue una herramienta creada para el avance de la lucha contra la corrupción⁹.

Pero este señalamiento por parte de distintos autores no está carente de asidero, ya que lo componen diversos argumentos, a nuestro juicio, unos destinados a la protección y cautela de garantías constitucionales y de principios informadores del Derecho Penal, y otros que ponen el acento en cuanto a la utilidad práctica de ingresar nuevas figuras, las que carecerían de aplicación por parte de nuestros tribunales¹⁰, a quienes nos referiremos en el capítulo siguiente.

3. DELITO RESIDUAL

A. Argumentos de legitimidad. Constitucionalidad del tipo

Para poder arribar a la tesis medular de nuestro trabajo y determinar que la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito es de tipo residual o genérica, es necesario apreciar en profundidad el tipo penal, junto con abordar los distintos argumentos que se han dado por quienes se han detenido a analizar y estudiar la problemática que hace arribar a dicho juicio.

Desde el momento en que se incorporó el enriquecimiento ilícito o injustificado al catálogo de delitos recogidos en el Código Penal chileno, se señaló por distintos autores que lo que se estaba consagrando por el legislador era un “delito de sospecha”¹¹, lo que, a su vez, traía la inversión de la carga probatoria, ya que se trasladaba del Ministerio Público hacia el imputado la labor de tener que demostrar su inocencia.

Producto de lo expuesto en el párrafo precedente es que se arriba a la conclusión, por parte de cierta doctrina, de que estaríamos en presencia de una figura de carácter inconstitucional al vulnerar la presunción de inocencia recogida en nuestra Carta Magna, en su artículo 19 N° 3, inciso noveno¹², junto con verse vulneradas otras garantías, como el derecho a no autoincriminarse, acompañado del derecho a guardar silencio sin que se deriven consecuencias perjudiciales al imputado, conocido como el principio *neme tenetur*; que se traduce en que nadie está obligado a declarar en su contra, y el principio de taxatividad o legalidad, que exige que tanto los delitos como las penas deben estar claramente establecidos en la ley.

Respecto de la descripción de la conducta que conlleva todo análisis de tipicidad, se arriba al juicio de que el delito que venimos analizando no estaría imputándole

⁹ García Cantizano, 2021, p. 112.

¹⁰ Rodríguez/Ossandón, 2011, p. 438.

¹¹ Hernández Basualto, 2006, p. 194; en la misma línea, Oliver Calderón, 2008, p. 464, y Rodríguez Collao/Ossandón Widow, 2011, p. 440.

¹² Hernández Basualto, 2006, pp. 195-196.

ninguna conducta al sujeto activo. Por cuanto el enriquecimiento que se genera no viene siendo una conducta sino un “estado de cosas”, el que se generaría al momento de realizar la debida comparación entre el patrimonio que detenta una persona en un determinado momento y aquel que posea en otro momento determinado, generándose una diferencia positiva, siendo esto el resultado de una conducta, mas no una en sí misma¹³, lo que hace concluir la concepción de la figura como una sospecha genérica de haber cometido algún delito¹⁴.

Siguiendo con este argumento, se señala que el principio de taxatividad de la ley penal está consagrado en nuestra Constitución, la que señala: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ellas”. Por consiguiente, esto obliga al legislador al momento de tipificar un delito a: señalar una conducta cuya realización se supedita a la imposición de una pena y, luego de esto, a describir dicho comportamiento con precisión¹⁵.

Teniendo ya entonces señalados los principales defectos de lo recogido en el artículo 241 bis, sería la indeterminación de la conducta que se busca perseguir el defecto más significativo del enriquecimiento injustificado, porque ya no solo sería la inversión de la carga de la prueba, vulnerándose así por consiguiente la presunción de inocencia, sino que también el principio de reserva legal en materia penal¹⁶.

Señalados ya los reparos de los que adolecería la figura, se arriba a la disyuntiva acerca de cuál sería el sentido práctico que tuviese un tipo penal de estas características, donde el injusto proviene de una conducta ilícita desplegada por el funcionario y que da lugar al enriquecimiento, ya que, al lograr acreditarse la conducta ilícita previa simplemente se debería sancionar por el respectivo tipo penal, sin tener que recurrir a sancionar a título de enriquecimiento ilícito¹⁷.

Así es como se llega a la conclusión de que se está en presencia de un delito residual en sentido material, ya que recoge todas las formas indebidas de enriquecimiento por parte de un funcionario público que no se encuentran especialmente tipificadas. En el mismo sentido, la materia de desvaloración giraría en torno a los efectos lucrativos que le son reportados al funcionario por no cumplir con sus funciones, mientras que dicho incumplimiento no se encuentre subsumido en otro tipo penal en particular¹⁸.

Lo que venimos diciendo no soluciona el fondo del asunto, porque ahora, atendiendo a la utilidad que pudiere conllevar un tipo descrito de manera tan abierta, se

¹³ Oliver Calderón, 2008, p. 475.

¹⁴ Hernández Basualto, 2006, p. 200.

¹⁵ Oliver Calderón, 2008, p. 474.

¹⁶ Hernández Basualto, 2006, p. 201.

¹⁷ *Ibid.*, p. 210.

¹⁸ García Cantizano, 2021, p. 115.

sugiere una cláusula analógica del sistema, para así poder hacerse cargo de cualquier forma de enriquecimiento que no esté especialmente tipificado en la ley¹⁹.

Por último, visto que sería un delito de aplicación residual, por mucho que se haya establecido respeto de los principios de nuestro ordenamiento, quedaría relegado para algunos como un “delito inútil”, debido a que en aquellos casos en que sí se pueda acreditar el origen ilícito del incremento patrimonial obtenido por una conducta injustificada, recibiría aplicación preferente el delito específicamente cometido para obtener dicho enriquecimiento²⁰.

Asimismo, tenemos una doctrina opuesta a la mayoritaria, la que responde a los reparos esgrimidos, de que se estaría ante una figura inconstitucional, que el enriquecimiento indebido no adolece de vicios para considerarlo inconstitucional, mas todo lo contrario, estaría de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, frente al argumento de que no había una obligación internacional de tener que incorporar la figura, señala que no consideraría la literalidad de los textos internacionales, la que, según las reglas establecidas para los tratados internacionales, viene siendo el primer elemento de su interpretación. Así, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, en su artículo IX, al usar el término “adoptarán” se refería a la obligación de incorporar el delito de enriquecimiento ilícito, especificando que sea conforme a la Constitución y principios fundamentales de nuestro ordenamiento²¹.

A continuación, al señalamiento de que se estaría tipificando un delito de sospecha indeterminada de otros delitos, lo que remitiría a ellos volviéndose así una cláusula que haría inaplicable e inútil el delito de enriquecimiento ilícito, se señala que más bien se está en presencia de una cláusula concursal y de cierre del sistema, que convierte al tipo del artículo 241 bis del Código Penal en una figura genérica y residual. En ese sentido, cumpliría la misma función de otros delitos, así como el homicidio simple o la estafa residual, en los que su presencia en nuestra legislación acreditaría que no transformaría en inútiles las formas especiales de participación ni a las figuras que remiten²².

A las críticas de inconstitucionalidad, por no responder al principio de taxatividad y de que se estaría frente a un delito de sospecha por un mero aumento patrimonial, responde que ello estaría descartado por la literalidad del tipo penal, que impone como obligación del Ministerio Público la labor de tener que probar la ilicitud del aumento patrimonial producido, mandato que no es necesario ser descrito expresamente, ya que dicha labor es exigible de conformidad con el artículo 297 del Código Procesal Penal²³.

¹⁹ Hernández Basualto, 2006, p. 211.

²⁰ *Ibid.*, p. 215.

²¹ Matus/Ramírez, 2021, p. 298.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*, p. 299.

Sí está conforme esta doctrina en el carácter residual del enriquecimiento indebido, lo que produce que tenga una limitada aplicación, pero señalando con los argumentos expuestos anteriormente que no es poseedora de inconvenientes constitucionales, ya que no hay garantías en juego.

Frente a ello, los autores contrarios a la tipificación como conducta punible del enriquecimiento injustificado responden que los argumentos a favor de la introducción de dicha figura solamente se centran en los graves efectos producidos por la corrupción y la indignación producida por su impunidad²⁴.

También respondiendo a la idea de que no se produciría una inversión de la carga probatoria en perjuicio del imputado, manifiestan que establecido el caso, la labor del Ministerio Público se reduciría a demostrar que los ingresos lícitos del imputado no guardan relación con el incremento patrimonial obtenido por él, lo que se traduciría en constatar lo inexplicable de dicha situación, siendo este el argumento suficiente para condenarlo, teniendo entonces que ser el imputado quien tendría que explicar satisfactoriamente la situación patrimonial generada²⁵.

B. Excurso. Derecho del funcionario imputado a ser indemnizado

La figura de enriquecimiento injustificado por parte de funcionarios públicos contenida en el inciso final del artículo 241 bis, consagra una cláusula particular en su inciso final, donde se establece una garantía para el funcionario o exfuncionario al que se le haya acusado de este delito, pero que haya sido declarado absuelto por parte del tribunal o cuando se decrete sobreseimiento a su favor.

El legislador estableció que al absolverse al funcionario de la aplicación de la sanción del tipo penal por sentencia firme y ejecutoriada, o si en cambio se decreta su sobreseimiento por no ser constitutivo de delito los hechos investigados por el Ministerio Público, o por aparecer claramente establecida su inocencia en un procedimiento iniciado por una denuncia o querrela, este podrá demandar al denunciante o querellante para efectos de obtener una indemnización de perjuicios por los daños, materiales o morales, que haya sufrido.

Dicha posibilidad que posee el sujeto pasivo absuelto o sobreseído, de verse resarcido ante una fallida aplicación de esta norma, no obsta a que se pueda querellar contra el denunciante o querellante por el delito de denuncia calumniosa contenido en el artículo 211 del Código Penal²⁶, tipo por el que podrá caberle responsabilidad penal.

²⁴ Hernández Basualto, 2023, p. 38.

²⁵ *Ibid.*, p. 39.

²⁶ Art. 211, C.P. El que maliciosamente presentare una denuncia por la cual se impute falsamente a otra persona un hecho determinado constitutivo de delito, infracción administrativa o infracción disciplinaria será sancionado: 1. Con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de

Creemos que si bien estamos frente a una norma *pro reo*, ya que cautela los derechos de un funcionario público de que no se verá en indefensión, al tener que sufrir los efectos de verse expuesto a un proceso penal, atendida la calidad que posee se podría obstaculizar con esto el ejercicio o aplicación de este tipo penal.

En consecuencia, se generaría el evento de que un ciudadano no buscara perseguir la responsabilidad penal de un funcionario por un supuesto hecho de enriquecimiento injustificado, ante el temor de que este, al ser absuelto, o en su caso, ser sobreseído por el tribunal por alguna causal del artículo 250 del Código Procesal Penal²⁷ de las que señala el artículo 241 bis del Código Penal, tenga que enfrentarse con posterioridad a un proceso dirigido en su contra por indemnización de perjuicios junto también a una querrela por denuncia calumniosa, lo que chocaría con la garantía que consagra nuestro ordenamiento a todo ciudadano de querrellarse por delitos cometidos por funcionarios públicos que atentaren contra la probidad pública, tal y como señala el artículo 111 del Código Procesal Penal.

En conclusión, pensamos que fue un error por parte del legislador establecer esto en el inciso final del artículo 241 bis, y por consiguiente, que dicho inciso se consagró para tratar de hacer frente a las críticas contrarias a la inclusión del enriquecimiento ilícito en nuestro listado de delitos.

C. Resumen

Concordamos con la postura de que la subsidiariedad que pueda tener un determinado delito no siempre estará en concordancia con el principio de legalidad, que exige que la conducta punible deba estar determinada por la ley, y que conlleva que en la formulación de la figura se recurra a cláusulas típicas abiertas, las que dificultan la interpretación y que pudieren consigo llevar a desbordamientos de criminalización, en pos de argumentos para justificar la lucha contra la corrupción²⁸.

También estamos de acuerdo en que una adecuada lucha contra la corrupción pública no se puede realizar si no es respetando las garantías jurídico-penales²⁹, por lo que de buscar la utilización esta figura debe darse en un marco supeditado a los

once a veinte unidades tributarias mensuales si el hecho imputado fuere constitutivo de crimen. 2. Con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales si el hecho imputado fuere constitutivo de simple delito o de infracción administrativa. 3. Con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de una a cinco unidades tributarias mensuales si el hecho imputado fuere constitutivo de falta o fuere de aquellos que diere lugar a una infracción disciplinaria.

²⁷ Art. 250, C.P.P. Sobreseimiento definitivo. El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo: a) Cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito; b) Cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado...

²⁸ Pérez López, 2012, p. 3.

²⁹ Hernández Basualto, 2023, p. 37.

principios del Estado de Derecho, ya que por muy plausible que sea una sospecha, esta no basta para imponer una condena criminal, teniendo por consiguiente que ser el fundamento para una investigación exhaustiva, la que permita confirmar dicha inquietud, para así poder acreditar un determinado delito y poder imponer el castigo que corresponda³⁰.

4. AVANCES LEGISLATIVOS

En este apartado analizaremos los cambios aplicados al enriquecimiento injustificado a raíz de la dictación de la Ley N° 21.595, la que lleva por título *Ley de Delitos Económicos*. La que, junto con establecer un nuevo estatuto de delitos, como son los delitos económicos, realiza distintas modificaciones a nuestro Código Penal, Procesal Penal y a otros cuerpos normativos.

Lo primero que es importante decir respecto de esta reforma es que el enriquecimiento ilícito pasa a formar parte de las categorías de delitos económicos que se crean con esta ley; así, el tipo penal de nuestro interés pasa a formar parte de la tercera categoría de delitos económicos.

La ley establece en su artículo tercero la *Tercera categoría*, donde se considerarán como delitos económicos aquellos hechos realizados por un funcionario público mediante alguna de las formas de autoría y complicidad de los artículos 15 y 16 de nuestro Código Penal; por un sujeto en el ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o bien cuando el hecho haya sido perpetrado en beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa³¹, y dentro de ese listado de distintos hechos aparece el artículo 241 bis del Código Penal.

El artículo 10 de la ley se refiere a la pena de multa en los delitos económicos, la que es determinada a base de las reglas establecidas en esta ley. Dicha sanción es impuesta usando la fórmula de *días-multa*, la que va en relación con las penas privativas o restrictivas de libertad que se impongan por parte del tribunal. Por último, detalla que si según la ley que describe el hecho punible al que le corresponda una pena de multa superior al máximo conforme con la ley, deberá el tribunal atenerse

³⁰ *Ibid.*, pp. 44-45.

³¹ Art 3, Ley 21.595. Tercera categoría: Serán asimismo considerados como delitos económicos los hechos previstos en las disposiciones legales que a continuación se indican, siempre que en la perpetración del hecho hubiere intervenido, en alguna de las formas previstas en los artículos 15 o 16 del Código Penal, alguien en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando el hecho fuere perpetrado en beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa: ... 5. Los artículos... 241 bis..., del Código Penal.

a lo que señale dicha ley que establece la multa, pero dentro del margen que exceda el máximo de lo que señala la ley de delitos económicos³².

Siguiendo con los días-multa, los artículos 27 y 28 de la ley se encargan de la determinación del número que proceda, junto con el de su valor.

Respecto del número de días-multa que se tenga que aplicar, el inciso segundo del artículo 27 señala, para el caso de que la ley solo prevea para el delito, la aplicación de una multa o de una pena no privativa de libertad; el número de días-multa se establecerá en el margen aplicable a delitos castigados con prisión, los que van de 1 a 10 días-multa de conformidad con la tabla de conversión del mismo artículo³³.

En cuanto al valor del día-multa, se señala en el artículo 28 que corresponderá al ingreso diario promedio líquido que haya tenido el sujeto activo dentro del periodo del año anterior al que se haya iniciado la investigación en su contra, considerándose sus remuneraciones, rentas, réditos del capital o ingresos de cualquier otra clase. Dicho valor no podrá ser inferior a media unidad tributaria mensual (UTM), ni superior a mil³⁴.

Hacemos alusión a estos artículos precisamente porque el tipo que hemos venido analizando es sancionado con una pena de multa equivalente al *monto del incremento patrimonial indebido*. Por tanto, el juez al momento de tener que resolver un caso de enriquecimiento injustificado, que se haya cometido bajo las hipótesis señaladas en esta ley, tendrá que atenerse a un tipo de régimen distinto a la hora de aplicar el castigo señalado en el Código Penal para este delito, teniendo que considerar todas las variables que sean posibles para determinar el valor del día-multa, así como tener

³² Art 10, Ley 21.595. Multa: Todo delito económico conlleva además una pena de multa, cuya cuantía y determinación se establecerá conforme a la presente ley, así como la imposición de las inhabilitaciones y prohibiciones previstas en el párrafo 5 del presente Título. Ni la multa ni las prohibiciones e inhabilitaciones podrán ser sustituidas. La multa por imponer se fijará en un número de días-multa que corresponda a la extensión de las penas privativas o restrictivas de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27. La cuantía de la multa por aplicar será la que corresponda al valor que el tribunal fije para cada día-multa, de conformidad con el artículo 27, multiplicado por el número de días-multa que corresponda. El producto se expresará en una suma de dinero fijada en moneda de curso legal. Con todo, si la ley que describe el hecho punible le señala una pena de multa superior al máximo por imponer conforme a esta ley, el tribunal se atenderá a lo que disponga dicha ley respecto a esa multa, en el margen que exceda al máximo antedicho.

³³ Art. 27, inc. 2, Ley 21.595. Si la ley solo prevé para el delito respectivo la aplicación de multa o de una pena no privativa de libertad, el número de días-multa será establecido en el marco aplicable a delitos castigados con prisión.

³⁴ Art. 28, Ley 21.595. Determinación del valor del día-multa. El valor del día-multa corresponderá al ingreso diario promedio líquido que el condenado haya tenido en el período de un año antes de que la investigación se dirija en su contra, considerando sus remuneraciones, rentas, réditos del capital o ingresos de cualquier otra clase. El valor del día-multa no podrá ser inferior a media unidad tributaria mensual ni superior a mil. La pena mínima de multa es de un día-multa.

que hacerlo proporcional a un valor acotado, lo que volverá más compleja la labor de aplicar la sanción correspondiente al condenado.

Otro aspecto que nos detendremos a analizar es el referido a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en los delitos económicos, el que se viene a regular de una determinada y especial forma.

Los artículos que van del número 13 al 16 de la ley establecen las circunstancias atenuantes y agravantes que pueden ser aplicadas a los delitos económicos, ya que en virtud del texto del artículo 12 del texto legal, se señala expresamente que no proceden las circunstancias atenuantes y agravantes del Código Penal contenidas en los artículos que van del número 11 al 13 del Código Penal, estableciéndose así en la propia normativa especial sus propias circunstancias modificatorias de responsabilidad penal³⁵.

Dichas circunstancias giran en torno a diversos factores, tales como el grado de culpabilidad que pueda corresponderle al condenado, la que podrá ser disminuida o muy disminuida en el caso de las atenuantes, elevada o muy elevada para el de las agravantes, así como también si el hecho haya ocasionado un perjuicio limitado o si su cuantía haya sido de bagatela para así atenuar su responsabilidad, o en el peor de los casos, que haya ocasionado un perjuicio o reportado un beneficio relevante, lo que en el caso que se estima que corresponda la agravará.

Como se verá, a diferencia de las circunstancias contempladas en el Código Penal, no es posible aquí la hipótesis de la irreprochable conducta anterior, por lo que aquí un sujeto no podrá valerse de la circunstancia de no haber delinquirido anteriormente para recibir una pena más benigna y tendrá que atenerse a distintos parámetros que reducirán o aumentarán su sanción, según el caso concreto.

Es necesario agregar que para el caso de las atenuantes, dicho listado no es taxativo, porque el artículo 64 de la ley otorga como efecto de estas a la *cooperación eficaz*, entendiéndose esta como el suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables que contribuyan a distintas circunstancias establecidas en la ley. Esto al ser solicitado que se reconozca por el Ministerio Público al formalizar la investigación o interponer acusación, y en caso de ser procedente, obligará al juez a reconocerla y tratarla como una circunstancia que determina la culpabilidad muy disminuida del condenado³⁶.

³⁵ Art. 12, Ley 21.595. Régimen especial. En la determinación de la pena aplicable a un delito económico no se considerará lo dispuesto por los artículos 65 a 69 del Código Penal, ni serán aplicables las atenuantes y agravantes previstas en los artículos 11 a 13 del Código Penal. En su lugar, se aplicarán las reglas dispuestas en los artículos siguientes.

³⁶ Art. 64, Ley 21.595. Cooperación eficaz. En ausencia de regulación especial, será circunstancia atenuante de responsabilidad penal de un delito económico la cooperación eficaz. Se entiende por ella el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables, o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de estos delitos, o facilite el comiso

Con todos los cambios y avances que trae su incorporación a nuestro ordenamiento, la ley que hemos venido examinando, a nuestro juicio, no viene a cambiar en nada las distintas problemáticas de utilidad junto con el carácter genérico que han surgido tras la incorporación del enriquecimiento ilícito a nuestras normas penales.

Primero, si bien encuadra en una determinada categoría el tipo de enriquecimiento injustificado, se olvida que tanto esta figura como otras, así como el cohecho, la malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, entre otras, son delitos funcionarios, los que poseen un grado de especialidad, atendiendo la calidad que poseen los sujetos activos y el bien jurídico que viene a ser lesionado por ellos, lo que no es totalmente compatible con las problemáticas que suscitan los denominados delitos económicos.

Segundo, incorporar el artículo 241 bis del Código Penal al listado de delitos económicos, no cambia nada su carácter genérico, porque la investigación a realizarse por el Ministerio Público tendrá que dirigirse a determinar si la conducta constituirá por sí misma o no alguno de los delitos del Título V del Libro Segundo del Código Penal, lo que en caso de ser afirmativo se tendrá que perseguir y sancionar de acuerdo con el tipo penal que corresponda.

En cuanto al sistema de días-multa y circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, vienen a cambiar la forma tradicional de ser castigado el delito, porque la multa a razón del incremento patrimonial indebido se determinará dentro de un rango de días acotado y teniendo como parámetro las unidades tributarias mensuales para llegar a su suma, junto con tener que considerarse distintas situaciones que incidirán en la gravedad de la pena a imponerse.

Por último, en relación con la utilidad que pueda tener, creemos que el sujeto responsable preferirá ser sancionado a título de este delito, que el ordenamiento castiga con el pago de una multa, a diferencia de otro de similar naturaleza que contenga penas privativas de libertad, por lo que ponemos en duda que pueda servir para satisfacer los fines de lucha contra la corrupción y combatir la impunidad para los que fue creado.

de los bienes, instrumentos, efectos o productos del delito. Si el Ministerio Público pidiera el reconocimiento de la atenuante de cooperación eficaz en su formalización o en su escrito de acusación, y ella fuere procedente conforme al inciso primero, el juez estará obligado a reconocerla. El Ministerio Público podrá celebrar acuerdos vinculantes con el cooperador que reconozcan la atenuante en cuestión. De reconocer la atenuante de cooperación eficaz, el juez la tratará como una circunstancia que determina la culpabilidad muy disminuida del condenado de conformidad con el artículo 14, circunstancia 1ª, pudiendo rebajar en un grado adicional el marco penal.

5. JURISPRUDENCIA

Habiendo ya expuesto las principales críticas y controversias que se han generado por parte de nuestra doctrina tras haberse tipificado el tipo penal en cuestión, se hace necesario dar a conocer qué han dicho nuestros distintos tribunales a la hora de conocer y aplicar la figura del enriquecimiento ilícito o injustificado.

La Corte Suprema, en la sentencia de la Causa Rol 2843-2008, ha recogido el planteamiento de que la figura contenida en el artículo 241 bis del Código Penal posee una aplicación de tipo residual, ya que abarca toda forma de enriquecimiento ilícito que no se encuentre tipificada en la ley, y que vendría a cubrir una serie de casos que antes quedaban relegados a la atipicidad, por estar en ausencia de una figura que sancionara conductas que no se encontraban especialmente consagradas por el legislador, para así poder hacerle frente a la corrupción administrativa mediante un tipo especial que logre llegar donde no lo logran los demás tipos penales, en los que se reprime la obtención indebida de beneficios económicos en el ejercicio de un cargo público³⁷.

Otro tema del que nuestro máximo tribunal se ha pronunciado, es el manifestado en la sentencia dictada en la Causa Rol 63.425-2021, ya que realiza un análisis comparativo del tipo penal chileno con el de otro ordenamiento (para el caso en cuestión, con el del Código Penal del Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos)³⁸, decisión en la que señala la relación que se tiene que producir entre el enriquecimiento obtenido y la función que desempeñaba el sujeto activo, manifestando en la resolución adoptada que el nexo se hace más amplio atendiendo la gama de posibilidades que puede asumir el enriquecimiento recriminable del funcionario público³⁹.

Siguiendo el análisis jurisprudencial, se reconoce por medio de un fallo judicial del Tribunal de Juicio Oral de Talca, en Causa Rol 240-2021, que puede consumarse la figura típica por omisión, ya que en el caso en cuestión, el agente actuaba a sabiendas de que sumas de dinero percibidas por concepto de un subsidio, le estaban

³⁷ SCS de 7 de abril de 2009 (ROL 2843-2008).

³⁸ Art. 275, C.P. D.F. Comete el delito de enriquecimiento ilícito el servidor público que utilice su puesto, cargo o comisión para incrementar su patrimonio sin comprobar su legítima procedencia. Para determinar el enriquecimiento del servidor público, se tomarán en cuenta los bienes a su nombre y aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, además de lo que a este respecto disponga la legislación sobre responsabilidades de los servidores públicos. Al servidor público que cometa el delito de enriquecimiento ilícito, se le impondrán las siguientes sanciones: Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el lugar y el momento en que se comete el delito, se impondrá de seis meses a cinco años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa. Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo antes anotado, se impondrán de dos a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa.

³⁹ SCS, de 24 de diciembre de 2021 (ROL 63.425-2021).

siendo pagadas a título de remuneración, permaneciendo en el tiempo con un ánimo de aprovechamiento, perjudicándose así las arcas de un municipio⁴⁰.

El fallo del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, en la Causa RIT 6873-2014, señala que el incremento relevante e injustificado puede darse mediante la comisión de delitos de otra naturaleza, como son las conductas contenidas en el artículo 97 N° 4 del Código Tributario, que son constitutivas de delitos tributarios. En el caso en cuestión, el funcionario durante el ejercicio de su cargo recibió un aumento relevante de sus ingresos, en el orden de un treinta por ciento en comparación con las sumas de dinero que recibía a título de remuneración, mediante la comisión del delito de tipo tributario de facilitar boletas de honorarios falsas de un tercero, con la finalidad de encubrir los pagos que estaba recibiendo mientras ejercía su rol de funcionario público por parte de otros sujetos⁴¹.

Resulta interesante la sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Rancagua, en Causa RIT 5571-2020, donde un funcionario público realiza diversos hechos constitutivos de los tipos de cohecho simple y de cohecho agravado que producen un considerable aumento de su situación patrimonial, lo que se materializó en sumas de dinero que depositaba en sus cuentas bancarias, junto con vehículos que adquirió tras dichas operaciones que alcanzaban altos montos de dinero, los que en comparación con las sumas monetarias que percibía como miembro de Carabineros de Chile no alcanzaban a ser suficientes para haber podido realizar las operaciones mencionadas⁴².

En este caso, el tribunal decretó, con la aceptación de los hechos por parte del autor en juicio abreviado, una condena que descansa en una hipótesis de concurso real de delitos de cohecho junto con la de enriquecimiento ilícito, cuando, a nuestro juicio, pudo haber sido condenado solo por las distintas hipótesis del delito de cohecho que se ejecutaron. Esta crítica surge ya que se estaría pasando por alto el inciso segundo del artículo 241 bis, que consagra el carácter residual de la figura típica, ya que en el caso pudo establecerse que el enriquecimiento provino de los actos constitutivos de cohecho ya mencionados, pudiendo constituirse una hipótesis de contravención al principio de *non bis in idem*⁴³.

Por último, pero no menos importante, es lo que ha dicho nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia de Causa Rol 12.797-2022, tras ser requerido para declarar inaplicable el primer inciso del artículo 241 bis del Código Penal, por estimar el requirente que se vulnerarían los principios de legalidad, la presunción de inocencia y el principio de *non bis in idem*.

⁴⁰ STOP de Talca, de 21 de junio de 2022 (ROL 240-2021).

⁴¹ S8°JG de Santiago, de 11 de julio de 2018 (RIT 6873-2014).

⁴² SJG de Rancagua, de 6 de junio de 2023 (RIT 5571-2020).

⁴³ Chávez Chávez, 2023, p. 625.

Señala que no se vulnera el principio de legalidad, ya que sí se sanciona una conducta, la que es alcanzar, conseguir y lograr un incremento patrimonial relevante e injustificado que se solicita o pretende, el que se puede lograr de distintas formas⁴⁴. Por lo que no estaríamos en presencia de un delito de sospecha, como sugiere cierta doctrina contraria a la tipificación del enriquecimiento injustificado de funcionarios públicos; además, recalca que lo relevante es que la ley describa con claridad y certeza el núcleo central de la conducta que se sanciona, atendiendo que lo característico de la ley como fuente del derecho es poseer un carácter general y abstracto.

Respecto de la presunción de inocencia, señala que ha sido objeto de críticas la forma cómo los instrumentos internacionales contra la corrupción han descrito el delito, ya que se estima que habría envuelta una alteración de la carga probatoria en perjuicio del imputado, pues este se vería obligado a aportar prueba de descargo, viéndose así infringida la garantía ya mencionada.

Ante lo anterior, señala la Magistratura Constitucional que no puede trasladarse tal crítica a la fórmula consagrada por el legislador chileno, porque el inciso tercero del artículo 241 bis del Código Penal prescribe que la prueba del enriquecimiento injustificado siempre corresponderá al Ministerio Público, quien es el órgano persecutor por mandato legal, y que además el imputado siempre es libre de ejercer su derecho a guardar silencio y que de ello no provenga perjuicio alguno para él. Por lo que concluye que en ningún momento se ve transgredida la presunción de inocencia del imputado.

6. CONCLUSIONES

Tras haber hecho un análisis de los diversos aspectos de la figura del enriquecimiento ilícito contenida en el artículo 241 bis del Código Penal, los argumentos esgrimidos por distintos autores a favor y en contra de su presencia en nuestro ordenamiento jurídico, los diversos avances legislativos que se han realizado y los pronunciamientos que han manifestado nuestros tribunales de justicia en distintas causas criminales, podemos responder al objetivo central de este trabajo y así determinar si estamos en presencia de una figura residual o, por el contrario, nos encontramos frente a una figura inútil para nuestro ordenamiento penal. Considerando lo anterior, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. La introducción en nuestro ordenamiento de la figura del enriquecimiento ilícito se dio principalmente por razones de política criminal, para así hacer frente a la denominada *lucha contra la corrupción*, ya que para ese momento nuestro país

⁴⁴ STC, de 12 de enero de 2023 (ROL 12.797-2022).

se encontraba suscrito a dos tratados internacionales que versaban respecto de dicha problemática, ya que para cierto sector de autores había un mandato de incorporarla a nuestro ordenamiento penal.

A raíz de ello se generaron diversas críticas por parte de la doctrina al momento de introducirse el artículo 241 bis a nuestro Código Penal, tanto por la descripción de la conducta realizada por el legislador, la que se estima que transgrede distintas garantías penales como el principio de legalidad, la presunción de inocencia y el principio *non bis in idem*, como por carecer de utilidad práctica para el momento en que se debiese aplicar, por consiguiente, la volvería una figura inútil.

2. Su carácter de delito residual viene determinado por su descripción típica, de la que se desprende que recoge distintas hipótesis punibles que no se encuentran recogidas en las otras figuras específicas de los delitos funcionarios, no siendo por tanto un *delito de sospecha* como se le ha denominado por cierta doctrina, tras estar bien precisada la conducta a castigarse, junto con estarse cumpliendo íntegramente con los demás principios básicos del Derecho Penal, especialmente en lo que respecta a la descripción de la conducta junto con el derecho a guardar silencio sin que se deriven consecuencias perjudiciales para el imputado.
3. Que ha sido una figura incluida en los cambios y reformas realizados por la Ley N° 21.595 de Delitos Económicos, al incorporarla dentro de la denominada *Tercera categoría* de delitos económicos, junto con establecer distintas reglas para el momento de su persecución y sanción. Lo que muestra que ha recibido atención por parte del legislador, pero teniendo que manifestar que aun así no se alteran en nada las distintas problemáticas suscitadas en cuanto a su utilidad, por su carácter residual frente al combate contra la corrupción efectuada por funcionarios públicos.
4. Nuestra jurisprudencia, al momento de conocer y aplicar la figura del artículo 241 bis, ha recogido la tesis de que estamos ante una figura residual en nuestro ordenamiento, junto también con expresar que la conducta está conforme a derecho, tal como está descrita en nuestra legislación, y no se estarían pasando a llevar garantías fundamentales, por lo que se ve que se ha acogido por parte de nuestros tribunales de que no estamos en presencia de una figura inútil, ni mucho menos vulneradora de garantías fundamentales.

REFERENCIAS

Obras

BULLEMORE GALLARDO, VIVIAN/MACKINNON, JOHN (2007). *Curso de Derecho Penal, Tomo IV, Parte Especial*, Legal Publishing, Santiago.

- CHÁVEZ CHÁVEZ, ERIC (2023). *Derecho penal. Parte Especial*, Editorial vLex.
- GARCÍA CANTIZANO, MARÍA DEL CARMEN (2021). “Algunas precisiones sobre los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos”, en *Ius et Praxis*, N° 53.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR (2023). “De nuevo sobre el enriquecimiento ilícito”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 48, N° 1.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR (2006) “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho Penal Chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII-2° semestre.
- MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE; RAMÍREZ GUZMÁN, MARÍA CECILIA (2021). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO (2008). “Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito”, en Rodríguez (editor), *Delito, Pena y Proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, Editorial Jurídica, Santiago.
- PÉREZ LÓPEZ, JORGE (2012). “El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva”, en *Revista Derecho y Cambio Social*, Año 9, N° 29.
- RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS; OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA (2011). *Delitos contra la función pública*, Editorial Jurídica, Santiago.

Jurisprudencia

- Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, ROL 2843-2008. Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, ROL 63.425-2021. Sentencia del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 6873-2014. Sentencia del Juzgado de Garantía de Valparaíso, RIT 8594-2019.
- Sentencia del Juzgado de Garantía de Rancagua, RIT 5571-2020. Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL 12.797-2022.
- Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, RIT 240-2021.