

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Esta obra ha sido ejecutada por el Departamento de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, con el patrocinio de FONDECYT (Proyecto de Investigación N° 1020657)

© LUIS RODRÍGUEZ COLLAO
MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 147.488, año 2005
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 500 ejemplares en el mes de junio de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salazar S. A.

IMPRESO EN CHILE - PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1018-4

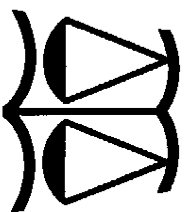
LUIS RODRÍGUEZ COLLAO
Doctor en Derecho, Universitat de Lleida
Professor Titular de Derecho Penal
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW
Doctora en Derecho, Universidad de Navarra
Profesora de Derecho Penal
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA

EL DERECHO PENAL FRENTE
A LA CORRUPCIÓN POLÍTICA,
ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

Colaboradores:
Guillermo Oliver Calderón
Juan Francisco Rivera Castro


EDITORIAL
JURIDICA
DE CHILE

CAPÍTULO VII

DELITOS CONTRA LA IMPARCIALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. COHECHO

1.1. EXPLICACIÓN PRELIMINAR

Dentro del complejo fenómeno de la corrupción en el sector público, el delito de cohecho aparece como una de sus manifestaciones más importantes. En efecto, cuando se habla de corrupción, tradicionalmente se piensa en el cohecho como uno de los delitos más paradigmáticos, junto con el tráfico de influencias.¹ Tanto es así que, incluso, en el Código Penal español de 1995 la única disposición que alude a la idea de corrupción –salvo la que se refiere a la corrupción de menores e incapaces– es el art. 423.1, que, precisamente, tipifica una figura de cohecho² y lo mismo sucede en el ámbito del derecho italiano.³

¹ Cfr. BUONPADRE: *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Mave, Buenos Aires, 2001, p. 179: “Los delitos de cohecho y tráfico de influencias, en sus diversas manifestaciones, se han convertido en el paradigma penal, dentro del amplio espectro que comprende la problemática de la corrupción instalada en la función pública”. En el mismo sentido, DIAZ y GARCÍA CONLEDO: “El delito de cohecho”, en Asua Batarría (Dir.): *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 161.

² Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO y URRUTIO: “Derecho Penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)”, en *El nuevo Código Penal: profósitos y fundamentos*, Libro Homenaje al profesor Ángel Torío López, Cordinares, Granada, 1999, p. 868.

Art. 423.1 del Código Penal español: “Los que con dádivas, presentes, opormentas o promesas conculquen o intenten conculpar a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos”.

³ Cfr. PALLARCA, A.: *Principi di Diritto Penale. Parte Speciale*, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 143-153.

Recientemente, el delito de cohecho ha sido objeto de modificaciones en virtud de la Ley Nº 19.645, de 1999, y de la Ley Nº 19.829, publicada en el Diario Oficial de 8 de octubre de 2002,⁴ las cuales, sin embargo, no han alterado la estructura que dicha figura tenía en la versión original del Código Penal chileno.

1.2. CONCEPTO DE COHECHO

Los autores no están de acuerdo en la determinación de la raíz etimológica del término "cohecho". En efecto, mientras por un lado hay quienes creen que deriva de la voz latina *conficere* (en latín vulgar *confectare* y en castellano antiguo –siglo XIII– *confectare*), equivalente a sobornar o corromper a un funcionario público,⁵ por otro, hay quienes piensan que procede del vocablo latino *coactare*, es decir, forzar, obligar, compeler, lo que obedecería a que, en un principio, el hecho realizado pudo revestir la idea de fuerza.⁶ Esta falta de consenso en la doctrina obliga a desear el recurso etimológico al momento de intentar elaborar un concepto de cohecho.

Situados en un plano jurídico, es clásica la definición de CARRARA, quien afirmaba que el cohecho consiste en la "venta que de un acto perteneciente a sus funciones, y que por regla general debería ser gratuito, le hace un funcionario público a una perso-

⁴ Esta última ley introdujo importantes cambios en la materia. Por un lado, agregó dos nuevos artículos al Código Penal, el 250 bis A y el 250 bis B, con el fin de cumplir la obligación contratada por el país como adhiere de la Convención comercial internacional y tipificar un nuevo delito de soborno transnacional. Por otro, modificó la regulación del cohecho del particular. Al respecto puede verse OLIVER CALDERÓN: "Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley Nº 19.829)", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30 Nº 1, 2003, Sección Estudios, pp. 39 y ss. En general sobre el tema, puede consultarse el mismo: "Aproximación al delito de cohecho", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, Nº 5, 2004, pp. 83-115.

⁵ Así, RODRÍGUEZ RAMOS: "Translenguismo retribuido y cohecho", en *Actualidad Penal*, 1994-1, p. 441; CATALÁN SENDER: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 191; OCTAVIO DE TOLDO Y URBELTO: "Derecho Penal, poderes públicos y negocios...", ob. cit., p. 870.

⁶ En este sentido, CASAS BARQUERO: "Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español", en *Documentación jurídica* Nº 19, 1978, p. 209.

na privada".⁷ Desde ya debemos señalar que esta definición no resulta aplicable a nuestra regulación del cohecho, por varias razones. En primer lugar, porque pone el acento en sólo uno de los sujetos intervinientes –el funcionario–, desconociendo que también puede haber cohecho únicamente con actividad del otro –el particular–. En segundo término, porque para que haya cohecho no es necesario que el funcionario reciba prestación alguna. Finalmente, porque puede haber cohecho aun tratándose de actos por los cuales sea necesario pagar derechos.

Por otro lado, ANTON ONECA/RODRÍGUEZ MUÑOZ, siguiendo a Maggiore, definieron este delito como "el hecho de aceptar el funcionario público una retribución no debida, entregada o prometida en consideración a actos de su oficio".⁸ Esta fórmula definitiva tampoco parece adecuada para la regulación que contiene el Código Penal chileno. En primer término, porque –al igual que la definición anterior– sólo alude al funcionario, omitiendo toda referencia al particular; y en segundo lugar, porque el delito se configura no sólo cuando el funcionario se limita a aceptar una retribución ofrecida por el particular, sino también cuando toma la iniciativa y solicita dicho beneficio.

CASAS BARQUERO ofrece un concepto más amplio de cohecho, al señalar que consiste en "la conducta, activa o pasiva, realizada por un funcionario público que, en virtud de una remuneración económica, tiende a incumplir sus deberes para con el Estado, así como la conducta, activa o pasiva, del particular que, mediante una retribución de carácter económico, trata de conseguir que un funcionario público quebrante el cumplimiento de los deberes que al mismo son impuestos por razón del ejercicio del cargo".⁹ Esta definición resulta mucho más acorde con la regulación del delito de cohecho contenida en el Código Penal. Sin embargo, no nos parece totalmente satisfactoria, toda vez que pone el acento en el incumplimiento de los deberes del cargo por parte del funcionario público, en circunstancias que, de todas las figuras típicas de

⁷ CARRARA: *Programa de derecho criminal. Parte especial*, vol. V, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, 4ª edición revisada, Ed. Temis, Bogotá, 1993, párrafo 2545, p. 94.

⁸ ANTON ONECA/RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho Penal*, Madrid, 1949, tomo II, p. 214.

⁹ CASAS BARQUERO: "Observaciones técnico-jurídicas...", ob. cit., p. 200.

cohecho contempladas en los artículos 248 y siguientes de nuestro Código Penal, en sólo una —la descrita en el artículo 248 bis— se hace alusión a la ejecución de un acto con infracción a los deberes del cargo.

Finalmente, VALEJJE ÁLVAREZ ha definido el cohecho como "un trato o pacto o un intento de llevarlo a cabo entre funcionario y particular que tiene por objeto el ejercicio de una función pública, de tal forma que la función pública en aras de ese pacto o convenio se coloca al servicio de intereses particulares que pueden entrar gravemente en colisión con los intereses públicos. La esencia del delito de cohecho es desde luego individualizable en el libre convenio al que pretenden llegar funcionario y particular, las facultades jurídicas o *de facto* que el cargo confiere al funcionario y se concreta por este motivo en un tráfico ilícito de la función pública".¹⁰ Si bien esta definición parece acertada, no creemos que permita explicar todas las situaciones que en nuestra legislación penal reciben el nombre de cohecho. Porque, por ejemplo, si un funcionario público ejecuta un acto debido propio de su cargo, en razón del cual no le están señalados derechos, cumpliendo todas las disposiciones pertinentes, y después de realizarlo solicita un beneficio económico a un particular por haberlo ejecutado, estarán satisfechas las exigencias típicas del cohecho del artículo 248 del Código Penal, a pesar de que no se podría decir que en un caso así la función pública se haya colocado al servicio de intereses particulares ni que se haya concretado un tráfico ilícito de la función pública, toda vez que ésta ya se habrá ejercido previamente conforme a los intereses públicos. En otras palabras, la definición en análisis no permite explicar las hipótesis de cohecho subsiguiente, a las que aludiremos más adelante.

También la jurisprudencia ha intentado definir el cohecho. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo español señala que este delito consiste en "la corrupción de un funcionario realizada mediante precio y con el fin de ejecutar un hecho opuesto al cumplimiento de los deberes oficiales inherentes al ejercicio del cargo".¹¹ Alguno

nas de las razones esgrimidas para criticar las anteriores definiciones pueden ser reiteradas aquí, teniendo a la vista la regulación del cohecho contenida en el Código Penal. En efecto, por un lado, sólo alude al funcionario, omitiendo toda referencia al particular y, por otro, pone el acento en el incumplimiento de los deberes del cargo. Pero eso no es todo. Esta definición sólo alude a la ejecución de un acto por parte del empleado público, sin hacer referencia a la omisión de un acto debido propio de su cargo.

Con todo, tras examinar la bibliografía básica existente en materia de cohecho, llama poderosamente la atención el hecho de que, en general, los autores se han mostrado reacios a dar un concepto unitario de este delito. Tal vez la explicación esté en que la propia regulación legal del cohecho fue por años un tanto confusa,¹² lo cual puede haber contribuido a que los intentos doctrinales se hayan limitado a señalar los rasgos comunes a los distintos tipos penales que se engloban bajo esta denominación.¹³

Con base en el ordenamiento jurídico chileno y asumiendo la totalidad de los requisitos legales de la figura, pensamos que el cohecho puede ser definido como *la conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular desisti-*

¹⁰ Cfr. la crítica en el sentido del texto, para la regulación española del delito de cohecho, de OCTAVIO DE TOLERO y UBIETO: "Derecho Penal, poderes públicos y negocios...", *ob. cit.*, p. 869.

¹¹ Cfr. VALEJJE ÁLVAREZ: *El incumplimiento penal...*, *ob. cit.*, pp. 43 y s., quien en defensa de los vanos intentos doctrinales señala que "aquel cometido se torna escazoso y difícil. La propia regulación legal constituye el primer escollo a superar. La generosidad y variedad con que el Código Penal describe las conductas típicas que pueden dar lugar a este delito (tanto pasivo como activo) es el primer dato que abona la confusión a la hora de establecer un concepto claro y preciso. A ello se añade la vetustez y obsolescencia de los términos empleados en su redacción, que contrasta con la claridad y sencillez con que están descritos al menos la mayor parte de los restantes tipos penales. [...] Es la propia estructura y redacción de los tipos penales del cohecho la que actúa, por así decirlo, como un telón de fondo, que impide vislumbrar cuál es la auténtica esencia del delito en estudio y, consecuentemente, cuál es la verdadera razón de su represión en el Código Penal. Prueba de ello es que [...] la doctrina hasta el momento no ha sido capaz de aportar un concepto que lo defina sencillamente y con la suficiente claridad. De ahí que se haya señalado que todos los intentos dirigidos a este fin estén, por lo general, llamados al fracaso; y que, más que definiciones, lo que pueden indicarse, a manera de conceptos generales, son aquellos escasos elementos comunes a las distintas formas típicas previstas por nuestro Código Penal vigente".

¹² VALEJJE ÁLVAREZ: *El incumplimiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, Ed. Edersa, 1993, p. 47.

¹³ Vid. SSIS de 12 de junio de 1940, 29 de abril de 1947 y 2 de noviembre de 1962, citadas por VALEJJE ÁLVAREZ: *El incumplimiento penal...*, *ob. cit.*, p. 34, nota 26.

nada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste.

1.3. CLASIFICACIÓN

Según cuál sea el punto de vista desde el cual se le considere, el delito de cohecho admite varias categorías, entre las cuales destacan las siguientes:

1.3.1. Cohecho activo y cohecho pasivo

Ésta es, tal vez, la clasificación más utilizada por los autores.¹⁴ Tradicionalmente, se ha reservado la expresión *cohecho activo* para aludir a la conducta del particular que corrompe al funcionario público, y la expresión *cohecho pasivo* para hacer referencia al funcionario que se deja corromper.¹⁵

La adopción de esta nomenclatura tuvo una explicación histórica. En efecto, en España, hasta antes de la reforma legal de 1944, sólo se sancionaba a título de cohecho al funcionario que recibía o aceptaba dádivas (se dejaba corromper) y al particular que las ofrecía (corrompía).¹⁶ En otras palabras, se castigaba una conducta pasiva del funcionario y una activa del particular. Así las cosas, no había ningún obstáculo para denominar cohecho pasivo al que cometeía el empleado y cohecho activo al que realizaba el particular. Sin embargo, tras la mencionada reforma, se tipificó como cohecho del funcionario una conducta *activa*, consistente en solicitar dádivas o presentes, y como cohecho del particular una conducta *pasiva*, consistente en aceptar dar dádivas o presentes solicitados por el funcionario. Como se comprenderá, a partir de entonces perdió sentido la nomenclatura utilizada, toda vez que no parece correcto usar la expresión cohecho activo para aludir a una conducta pasiva de un particular, y la expresión cohe-

cho pasivo para hacer referencia a un comportamiento activo de un funcionario.¹⁷

Lo mismo ha ocurrido en el caso de Chile. Con la modificación introducida por la Ley N° 19.645, se tipificó como una forma de cohecho *activo* una conducta pasiva, consistente en que el particular consienta en dar a un empleado público un beneficio económico, y como una forma de cohecho *pasivo* un comportamiento activo, que consiste en que el funcionario solicite un beneficio económico o mayores derechos que los que le están señalados por razón de su cargo. Al igual que en el caso español, la terminología utilizada se ha desnaturalizado. Por eso creemos que sería más correcto hablar, simplemente, de cohecho del funcionario público y de cohecho del particular, distinguiendo en uno y otro caso entre comportamientos activos y pasivos. Así, habría cohecho activo del empleado público, cohecho pasivo de éste, cohecho activo del particular y cohecho pasivo de éste. Ésta será la terminología que emplearemos en lo sucesivo.¹⁸

1.3.2. Cohecho antecedente y cohecho subsiguiente

Es ésta una clasificación que no se encuentra tan difundida como la anterior. Con la expresión cohecho *antecedente* se quiere aludir a aquella situación en que el beneficio económico se solicita, ofre-

¹⁴ Cfr. la crítica, en el sentido del texto, de CASAS BARQUERO: "Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas", en *Estudios Penales. Libro homenaje al profesor José Antón Omea*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 655 y s.; EL MISMO: "Observaciones técnico-jurídicas...", ob. cit., pp. 206 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA: *El delito de cohecho: problemática jurídica-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 84, nota 243; GIMENO LAGOZ/ CORBELLA HERREROS: "Comentarios sobre el delito de cohecho", ob. cit., p. 72: "...esta terminología resulta un tanto equívoca, al no tener en cuenta quién de los dos ha tomado la iniciativa corruptora".

* Tal vez por la fuerza de la costumbre y por lo arraigado que está el uso de la nomenclatura que criticamos en el texto, se ha seguido utilizando la expresión "cohecho pasivo" para aludir al que comete el funcionario público y la locución "cohecho activo" para hacer referencia al que realiza el particular, aun después de la Ley N° 19.645. Es el caso, por ejemplo, de MARTÍN ACUNA/RAMÍREZ GUZMÁN: *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Ed. Universidad de Talca, 2001, pp. 202 y ss., y de OLIVER CAMERON: "Unas modificaciones...", ob. cit., pp. 39, 42, 48 y ss.

¹¹ CATALÁN SPINDER: *Los delitos cometidos...*, ob. cit., p. 192.

¹⁵ Cfr. LABATTUT: *Derecho Penal*, ob. cit., II, p. 90; ETCHEBERRY: *Derecho Penal*, ob. cit., t. IV, p. 252.

¹⁶ Vid. VALLEJE ÁLVAREZ: "Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)", en *Revista General de Derecho*, junio 1994, pp. 6519 y ss.

ce, acepta o consiente en dar para la ejecución de un acto futuro por parte del empleado público. En cambio, la expresión *cohecho subsiguiente* hace referencia a los casos en que el beneficio económico se solicita, ofrece, acepta o consiente en dar como recompensa por un acto ya realizado por el funcionario.¹⁹

En la falta de una mayor difusión de este criterio de clasificación, probablemente, ha influido el hecho de que no en todos los países la regulación del delito de cohecho admite esta distinción. Es el caso, por ejemplo, de Colombia, en cuyo Código Penal no se encuentra tipificado el cohecho subsiguiente. Algunos autores afirman que el castigo de esta forma de cohecho no se encuentra del todo justificado desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico, y que su punición se debe únicamente a una razón político-criminal, cual es la sospecha de un pacto previo de pago por el servicio, cuya existencia resulta difícil probar.²⁰ Más adelante exponemos nuestra opinión sobre este punto.

En el caso de Chile, la distinción entre cohecho antecedente y subsiguiente es admisible toda vez que los artículos 248 y siguientes del Código Penal, en general, se ponen tanto en la situación en que el beneficio económico solicitado, aceptado u ofrecido sea *para ejecutar u omitir* un acto, como en la situación en que el beneficio se solicite, acepte, ofrezca o consienta en dar *por haber ejecutado u omitido* un acto. Sin embargo, como veremos luego, en el cohecho de funcionario público del artículo 249 sólo se tipificó una modalidad de cohecho antecedente, omitiéndose toda referencia al cohecho subsiguiente.

1.3.3. Cohecho propio y cohecho impropio

Dentro del cohecho del funcionario público —en la terminología tradicional, cohecho *pasivo*—, los autores, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera, suelen realizar una subdistinción entre el cohecho propio y el impropio. Sin embargo, creemos que el

criterio que se usa para efectuar esta clasificación no es uniforme y depende de la forma en que el cohecho aparece regulado en las distintas legislaciones. En España, por ejemplo, se sostiene que el criterio para distinguir entre el cohecho propio y el impropio es el carácter justo o injusto del acto objeto del delito. Así, sería cohecho propio aquel en que se persigue la obtención de un acto injusto, en tanto que sería impropio aquel en que se busca la realización de un acto justo.²¹ En Chile, en cambio, se afirma que el criterio que permite distinguir el cohecho propio del impropio es el carácter funcional o de delito ministerial del acto que se quiere obtener. De este modo, el cohecho sería propio cuando lo que se busca es la ejecución o la omisión de un acto propio del cargo

¹⁹ Cfr., entre otros, RODRÍGUEZ PUERTA: *El delito de cohecho...*, ob. cit., p. 155. Se afirma que en el Código Penal español de 1995 se refieren al cohecho propio del funcionario los arts. 419, 420 y 421, en tanto que aluden al impropio los arts. 425 y 426, cuyos textos se transcriben a continuación:

Art. 419: "La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, *solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triple del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa*".

Art. 420: "La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, *solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegare a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triple del valor de la dádiva*".

Art. 421: "Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga, por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al triple del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años".

Art. 425: "1. La autoridad o funcionario público que *solicite dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triple del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. 2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años*".

Art. 426: "La autoridad o funcionario público que *admitiere dádiva o regule que le fueran ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses*".

²⁰ Cfr. CATALÁN SENDER: *Los delitos cometidos...*, ob. cit., p. 193; CASAS BARRQUERO: "Algunos aspectos...", ob. cit., p. 656; EL MISMO: "Observaciones técnico-jurídicas...", ob. cit., p. 207.

²¹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONTERO: "El delito de cohecho", ob. cit., p. 167, citando a ORTIZ BERENGUER Y VÁLEZ ALVAREZ.

del empleado público, mientras que sería *impropio* cuando lo que se pretende conseguir es la comisión de un delito funcionario.²²

La señalada falta de uniformidad de criterios doctrinales para efectuar la distinción entre el cohecho propio y el impropio nos hace pensar que se trata de una clasificación perfectamente prescindible. Ello debería ser así, no sólo por la poca utilidad que tiene el realizar distinciones doctrinales cuyo contenido difiere tan radicalmente, según la forma que asume la regulación de este delito en las distintas legislaciones, sino también porque la propia terminología empleada no parece adecuada. En efecto, la distinción entre cohecho *propio* e *impropio* sugiere que aquél es un verdadero cohecho y éste no.²³ Algo impropio es algo que se aparta de la esencia de lo que se toma como modelo. Según lo señalamos más arriba, el cohecho consiste en una conducta de un funcionario público o de un particular designada, respectivamente, a recibir o a entregar una retribución no debida en el ejercicio del cargo de aquél. Esa es su esencia, que no resulta alterada en nada por la naturaleza del acto que a cambio de la indebida retribución se realiza.²⁴ En consecuencia, mal puede llamarse cohecho impropio a lo que, sin lugar a dudas, es un delito de cohecho. Por eso, y teniendo en consideración la diferente penalidad de las figuras de cohecho del empleado público, es que en lugar de esta nomenclatura, preferimos emplear otra que distinga entre una figura *básica* (la del artículo 248 del Código Penal) y dos figuras *agranadas* (las de los artículos 248 bis y 249 del mismo cuerpo legal),²⁵ que será la que utilizaremos en lo sucesivo.

²² Vid. ERCHBERGER: *Derecho Penal*, ob. cit., IV, p. 253; LABAYTUT: *Derecho Penal*, ob. cit., II, p. 90; MARTUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN: *Lecturas...*, ob. cit., pp. 203 y s. En el Código Penal chileno reciben la denominación de cohecho pasivo —en nuestra terminología, cohecho del funcionario— *propio* las figuras de los arts. 248 y 248 bis, en tanto que se conoce con el nombre de cohecho *impropio* la figura del art. 249.

²³ Cfr. CASAS BARQUERO: "Algunos aspectos...", ob. cit., p. 656; El MISMO: "Observaciones técnico-jurídicas...", ob. cit., p. 207.

²⁴ Cfr. la crítica, en el sentido indicado en el texto, de FERRERÍA DELGADO: *Delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 94.

²⁵ Cfr. la proposición, en este sentido, pero referida a la regulación española del cohecho, de RODRÍGUEZ PUERTA: *El delito de cohecho...*, ob. cit., pp. 155 a 161.

1.4. NATURALEZA UNILATERAL O BILATERAL DEL COHECHO

Durante mucho tiempo se ha discutido en la doctrina acerca de si el delito de cohecho tiene naturaleza unilateral o bilateral, es decir, respectivamente, si el cohecho del funcionario público y el cohecho del particular son dos delitos autónomos e independientes o si, por el contrario, constituyen dos caras de un mismo y único delito. La posición que afirma que el cohecho tiene naturaleza bilateral señala como argumentos principales, por un lado, el hecho de que para su perpetración se requeriría la concurrencia de dos personas —el empleado público y el particular—, y, por otro, la circunstancia de que este delito consistiría en un acuerdo entre el funcionario y el particular, en cuya virtud aquél acepta de éste una compensación no debida por un acto en el ejercicio de su cargo. Por su parte, la posición que afirma que el cohecho tiene naturaleza unilateral argumenta a partir de la constatación de que este delito se consumaría con la mera solicitud del funcionario o el simple ofrecimiento del particular, no siendo necesario que la solicitud o el ofrecimiento sean aceptados por sus destinatarios.²⁶

En España esta discusión, prácticamente, no existía antes de la modificación legal que en 1944 se introdujo en la regulación del delito de cohecho. En efecto, hasta antes de esta reforma la doctrina española se había uniformado en el sentido de considerar que el cohecho tenía naturaleza bilateral.²⁷ Pero con ocasión de dicha enmienda legal se instauró como conducta típica en el Código Penal español la solicitud de dádivas o presentes por parte del funcionario público, porque esta forma de comportamiento, atendida la estructura bilateral que tenía el cohecho, permanecía hasta entonces impune.²⁸ Esta modificación vino a poner en duda la tesis que afirmaba que el cohecho tenía carácter bilateral, toda vez que ya no era necesario acuerdo alguno entre el funcionario y el particular para que el delito se consumara, bastando la sola solicitud

²⁶ Cfr. una exposición de estos argumentos en CASAS BARQUERO: "Algunos aspectos...", ob. cit., pp. 657 y s.; El MISMO: "Observaciones técnico-jurídicas...", ob. cit., pp. 209 y ss.

²⁷ Vid. RODRÍGUEZ PUERTA: "La responsabilidad del particular en el delito de cohecho (Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1998)", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, año 1999, N° 1, p. 194, nota 24.

²⁸ Cfr. VILLALBA ALVAREZ: "Aspectos problemáticos...", ob. cit., pp. 6519 y s.

de diátriva o presente. La discusión que entonces se generó, con el correr del tiempo fue decayendo, hasta el punto que es posible afirmar que hoy en España es posición doctrinal abrumadoramente mayoritaria la que afirma la naturaleza unilateral del delito de cohecho.²⁹ Pero hay importantes opiniones que, minoritariamente, defienden la naturaleza bilateral de este delito.³⁰

En el caso de Chile, ha sido tradicional la postura que sostiene que el delito de cohecho posee carácter bilateral.³¹ Sin embargo, las afirmaciones doctrinales hechas en este sentido se formularon antes de la promulgación de la Ley N° 19.645, en un momento en que, efectivamente, la regulación legal del cohecho presentaba una estructura bilateral. A partir de la reforma introducida por esta ley, en cambio, para apreciar un delito de cohecho de funcionario dejó de ser necesario que existiera un acuerdo entre éste y un particular, basando su sola solicitud de algún beneficio económico, aunque no fuese aceptada. Del mismo modo, para estimar concurrente un delito de cohecho de particular ya no es imprescindible que su ofrecimiento fuera aceptado por el funcionario, bastando el solo hecho de ofrecerle un beneficio económico. En consecuencia, a nuestro juicio, es posible afirmar que el delito de cohecho, atendida su actual regulación en el Código Penal, tiene naturaleza *unilateral*.

1.5. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de cohecho, si bien no es un punto muy tratado por la doctrina nacional,³²

²⁹ Entre quienes adhieren a esta posición mayoritaria puede verse, entre otros, a CATALÁN SPINDER: *Los delitos cometidos...*, ob. cit., pp. 195 y s.; GIMENO LAHOZ/CORRELLA HERREROS: *Comentarios...*, ob. cit., p. 72; OLIVERA NOGALLES: *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 211 y ss.; MUÑOZ GONDI: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 957.

³⁰ Dentro de esta posición minoritaria destacan, entre otros, RODRÍGUEZ PUERTA: "La responsabilidad del particular...", ob. cit., pp. 186 y ss.; LA MISMA: *El delito de cohecho...*, ob. cit., pp. 91 y ss.; VALLJÉ ALVAREZ: *El tratamiento penal...*, ob. cit., pp. 37 y ss., especialmente p. 42.

³¹ Cfr., por ejemplo, ETCHARRRY: *Derecho Penal*, ob. cit., IV, p. 252; LABATUT: *Derecho Penal*, ob. cit., II, p. 91.

³² Excepcionalmente, Labatut sí se pronuncia sobre este punto, señalando que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es "el decoro, el prestigio y el correcto funcionamiento de la Administración pública". Vid. LABATUT: *Derecho Penal*, ob. cit., II, p. 90.

ha originado una fuerte discusión en la doctrina extranjera. No sólo se ha discutido cuál es el objeto de tutela, sino también si existe un único bien jurídico protegido, tanto por el cohecho del funcionario, como por el del particular, o si, por el contrario, ambas clases de cohecho buscan cautelar intereses diferentes.

En España, dentro de quienes, minoritariamente, sostienen que el cohecho del funcionario y el cohecho del particular pretenden proteger bienes jurídicos distintos, destaca CASAS BARQUERO, quien afirma que "en el delito de cohecho cometido por el funcionario el objeto de tutela está constituido por el deber básico inherente a la condición de todo funcionario público, cual es el relativo al fiel desempeño de la función del cargo [...] De manera correlativa con el alcance del deber funcional, se trata de tutelar penalmente además la confianza, constancial a la titularidad de la función, que en el titular de la misma se deposita por el Estado y por la propia sociedad en general".³³ Por lo que respecta al cohecho del particular, señala este autor que "el particular actúa en perjuicio o detrimento de las funciones públicas del Estado [...] Su conducta implica atentar no sólo contra la función concreta que incumbe al funcionario singular, sino también contra el normal desarrollo de las funciones públicas [...] Asimismo, el comportamiento típico del cohecho realizado por el particular afecta a la esencia de la dignidad del Estado y al prestigio social que en todo momento han de ostentar los entes públicos en el marco de la ordenación jurídica de la vida social".³⁴

Esta posición puede ser criticada por varias razones. En primer lugar, porque eleva a la categoría de bien jurídico tutelado en el cohecho del empleado público el deber funcional, lo que revela la una visión autoritaria que no tiene en cuenta que la existencia de la Administración Pública se explica, únicamente, por el beneficio que su actividad significa para los ciudadanos. Los deberes que emanan de los cargos públicos no se explican por sí solos, sino en cuanto su cumplimiento conduce a la prestación de un servicio para la comunidad.³⁵

³³ CASAS BARQUERO: "Observaciones técnico-jurídicas...", ob. cit., pp. 213 y s.

³⁴ CASAS BARQUERO: "Observaciones técnico-jurídicas...", ob. cit., p. 214.

³⁵ Vid. *supra*, Cap. III, §, cfr. la crítica en el sentido indicado en el texto, de OLIVIO DE TOLLEDO Y URBELIO: *La prestación del funcionario público*, ob. cit., pp. 238 y ss.; Simón, VALLJÉ ALVAREZ: *El tratamiento penal...*, ob. cit., pp. 27 y s.

En segundo lugar, porque también considera como bien jurídico en el cohecho del funcionario la confianza que en éste depositarían el Estado y la sociedad en general. Es posible constatar que los ciudadanos, efectivamente, confían en que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad en el ejercicio de sus cargos, pero dicha confianza no sólo se ve afectada en el cohecho, sino también en otros delitos que los empleados pueden cometer,³⁶ como, por ejemplo, en los fraudes ministeriales y en las malversaciones. No parece que esta confianza sea el bien jurídico específicamente protegido en el delito de cohecho. Además, si lo fuera, no podría apreciarse un delito de cohecho. Además, si lo fuera, do el bien jurídico, cuando la conducta descrita en el tipo sea reafectada por un funcionario que no goce de la confianza de la ciudadanía por ser, en opinión de ésta, una persona corrupta, lo cual no resultaría aceptable.

En tercer lugar, porque algo parecido puede decirse respecto de la pretensión de esta posición de considerar como bien jurídico protegido en el cohecho del particular, la dignidad del Estado y el prestigio social de los entes públicos. La existencia del Estado y de los entes públicos tiene su razón de ser en la protección del bien común, sin que se puedan justificar por sí solos. Además, la dignidad parece ser algo inherente a toda persona humana y no algo propio del Estado. Por otra parte, aun cuando un ente público no goce de prestigio en la sociedad, los particulares igualmente tienen la posibilidad de cometer un delito de cohecho cuando ofrecen a sus funcionarios beneficios económicos indebidos, lo que resultaría incompatible con una tesis que afirme que el bien jurídico tutelado en este delito es el prestigio social de los entes públicos. Y en cuarto lugar, porque esta posición plantea que es también un bien jurídico protegido en el cohecho del particular el normal desarrollo de las funciones públicas, lo cual implica sostener que el particular tendría una especie de deber de respetar el normal desempeño de las actividades de los órganos del Estado. La verdad es que no se divisa la razón para sostener que éste sea un bien jurídico que se pretende tutelar en el cohecho del particular y no en el del funcionario. La lógica indica que una afirmación correcta ten-

³⁶ Cfr., en dicho sentido, la crítica de OLAVOIA NOGALLES: *El delito de cohecho*, ob. cit., p. 99.

dría que ser hecha en un sentido completamente inverso. Por otro lado, no hay claridad en cuanto a la fuente de la que emanaría dicho deber, el que, además, en caso de existir, no podría ser elevado a la categoría de bien jurídico sino en un régimen totalitario.

Mayoritariamente, la doctrina contemporánea afirma que el bien jurídico protegido es el mismo, tanto en el cohecho del funcionario como en el del particular: estimándose que éste consiste—como en la generalidad de los delitos de este grupo—en el correcto desempeño de la función pública. Desde este punto de vista, que por cierto comparáramos, RODRÍGUEZ PUERTA señala que “lo que propiamente se configura como objeto de tutela es el respeto al principio de imparcialidad, que vincula (...) a los poderes públicos, en cuanto principio alumbador del ejercicio de la actividad administrativa y judicial, y circunscrita a la desviación del fin, a la actividad legislativa o política”. Agrega la misma autora que “el referido principio es proyectable también a los ciudadanos, en cuanto destinatarios de esa actividad pública, dado que la relación con estos últimos viene también limitada por el respeto a la Constitución y los principios en ella consagrados”.³⁷

En sentido análogo y, según nuestra opinión, complementario del planteamiento anterior, OCTAVIO DE TOLEDO sostiene que la razón para castigar esta clase de comportamientos es que impiden o dificultan que el servicio a los ciudadanos—razón de ser de la existencia de los organismos públicos y los deberes funcionarios—se preste de manera correcta; y para que esta prestación de servicios pueda estimarse correcta, es necesario que a los ciudadanos no se les pida que paguen, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que los ciudadanos puedan ofrecer por ella. En caso que la prestación de servicios no sea gratuita, para que ésta se considere adecuada, es necesario que a los particulares no se les pida que paguen más que lo que se encuentra establecido en el propio ordenamiento jurídico, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que puedan ofrecer por sobre el monto fijado.³⁸

³⁷ Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA: *El delito de cohecho*,... ob. cit., p. 83.
³⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y LEMOS: *La prevención*,... ob. cit., pp. 252 y ss.

1.6. FIGURA BÁSICA DE COHECHO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

En el artículo 248 se sanciona al empleado público que *solicita* (modalidad activa) o *acepta* (modalidad pasiva) recibir mayores derechos que los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo, en razón del cual no le están señalados derechos.

1.6.1. Conducta

En lo que respecta al verbo rector, el tipo exige que el funcionario realice una conducta consistente en solicitar o aceptar. Lo primero significa, de conformidad con la última edición del Diccionario de la Real Academia Española, "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado" (1ª acepción); "pedir algo de manera respetuosa, o rellenando una solicitud o instancia" (4ª acepción). Pero no es necesario que la petición se haga en forma expresa, ya que el tipo penal no lo exige, sino que basta con que se realice de cualquier forma idónea para transmitir el mensaje. Por ejemplo, a través del simple gesto de estirar la mano.³⁹ Lo segundo significa, conforme al mismo Diccionario, "aprobar, dar por bueno, acceder a algo" (2ª acepción). Al igual que la conducta de solicitar, no es necesario que la aceptación se realice de manera expresa, bastando cualquier comportamiento que revele inequívocamente la manifestación de voluntad en el sentido de consentir. Por ejemplo, guñar un ojo o asenir con la cabeza. En consecuencia, no se requiere que el funcionario reciba algo del particular para que su comportamiento se considere típico, sino que basta que admita lo que el particular le ofrece.⁴⁰

³⁹ Cfr. CASAS BARQUERO: "Observaciones técnico-jurídicas...", ob. cit., p. 216; "No es preciso que esta petición se lleve a efecto de forma expresa, sino que puede también realizarse de un modo disimulado, cuidado o encubierto, valiéndose el sujeto de cualesquiera medios comunicativos". En el mismo sentido, OLIVERA NOGALES: *El delito de cohecho*, ob. cit., p. 231.

⁴⁰ Cfr. CASAS BARQUERO: "Observaciones técnico-jurídicas...", ob. cit., p. 216.

1.6.2. Derechos señalados por razón del cargo

En lo que dice relación con los derechos que están señalados por razón del cargo, cabe incluir aquí todos los casos en que los funcionarios están facultados para cobrar una suma de dinero por el servicio que prestan al público. Así ocurre, por ejemplo, con los notarios, los conservadores, los archiveros y los receptores. Estos funcionarios sólo pueden cobrar los montos establecidos en sus respectivos aranceles, incurriendo en delito de cohecho si solicitan o simplemente aceptan sumas superiores.

1.6.3. Beneficio económico

En cuanto al beneficio económico para la realización de un acto, en razón del cual no están señalados derechos al funcionario, caben aquí todas las hipótesis en las que éste no se encuentra facultado para cobrar dinero al público por el ejercicio de su cargo. Esto puede darse en dos situaciones. La primera, cuando nunca puede cobrar al público por sus servicios (por ejemplo, el forense del Servicio Médico Legal, quien no está facultado para cobrar a los familiares del difunto por realizar el examen de autopsia), y la segunda, cuando estando facultado en general para cobrar por sus servicios, en algunos casos se le prohíbe hacerlo (por ejemplo, cuando los notarios, los conservadores, los archiveros o los receptores prestan sus servicios a quien goce de *privilegio de pobreza*). En estos casos el funcionario no puede solicitar ni aceptar dinero alguno por la realización del acto propio de su cargo.

Siempre en relación con el beneficio económico, conviene analizar con mayor detención el contenido que éste debe tener. En la doctrina extranjera se discute acerca de la naturaleza de esta ventaja que el funcionario procura obtener o que el particular le ofrece. En España, por ejemplo, algunos autores se inclinan por sostener que el beneficio debe tener naturaleza pecuniaria,⁴¹ en tan-

⁴¹ Cfr., entre otros, CASAS BARQUERO: "Observaciones técnico-jurídicas...", ob. cit., pp. 229 a 233; EL MISMO: "Algunos aspectos...", ob. cit., p. 662; BACIGALUPO: "Sobre la reforma...", ob. cit., pp. 1101 y s.; DIAZ Y GARCÍA CONTEPÉDRO: "El delito de cohecho" ob. cit., p. 162; CATALÁN SENDER: *Los delitos cometidos...*, ob. cit., pp. 203 y s.

to que otros afirman que puede ser de cualquier clase, no necesariamente pecuniaria, como sería el caso de la prestación de un favor de carácter sexual.⁴² Otro tanto ocurre en Argentina.⁴³

En Chile este tema podía ser debatido hasta la dición de la Ley N° 19.645. En efecto, antes de la modificación introducida por esta ley, las disposiciones que regulaban el delito de cohecho utilizaban las palabras "dáviva" y "promesa", lo que generaba la posibilidad de discutir la naturaleza de la recompensa.⁴⁴ Después de la promulgación de esta ley la posible discusión perdió razón de ser, porque la actual regulación del cohecho emplea la locución "beneficio económico", lo que deja meridianamente claro que la ventaja que el empleado pretende conseguir —o que el particular le ofrece— debe ser de contenido patrimonial. Esto no quiere decir que no se sancione al funcionario que solicite un favor de naturaleza sexual a quien tenga algún asunto que dependa de la resolución de aquel. Se le castiga, pero no a título de cohecho, sino como una forma de abuso contra particulares (art. 258 del Código Penal).⁴⁵ Con todo, podría discutirse si acaso es necesario que el beneficio económico se traduzca en una suma de dinero. Según nuestra opinión, ello no es imprescindible, bastando con que sea reducible a un valor pecuniario, por ejemplo, la solicitud u ofrecimiento de regalar un valioso cuadro o de condonar una deuda del funcionario, cuyo acreedor es el particular, o de pagar una deuda del empleado.⁴⁶

⁴² Entre otros, Córdua RODA: "El cohecho de funcionarios públicos", en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Paz-Villoria*, tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 177 y s.; GRANADOS PÉREZ: "El instrumento...", ob. cit., pp. 137 a 144.

⁴³ Para una panorámica de la discusión en la doctrina argentina, puede verse BUONAPADRE: *Delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., pp. 188 y s.

⁴⁴ Cfr. LABATUT: *Derecho Penal*, ob. cit., II, p. 90, quien afirmaba que la dáviva era una liberalidad de carácter material, condición que no era indispensable en la promesa; ETCHEBERRY: *Derecho Penal*, ob. cit., IV, p. 254, quien sostenía que era necesario que la dáviva o promesa consistiera en dinero, pero sí que fuera apreciable en dinero.

⁴⁵ Pero a diferencia de lo que ocurre con el cohecho, delito en el cual no sólo se castiga la solicitud o aceptación del beneficio económico por parte del funcionario, sino también el ofrecimiento o el consentimiento en dar dicho beneficio por parte del particular, en la mencionada figura de abuso contra particulares sólo se sanciona al empleado cuando solicita el favor sexual y no cuando lo acepta, sin que tampoco se sancione al particular que, directamente, ofrece a aquel un servicio de carácter sexual o consistente en prestarle el favor sexual que se le ha pedido.

⁴⁶ CATALÁN SENDER: *Los delitos cometidos...*, ob. cit., p. 204.

Resulta interesante analizar también si tiene alguna relevancia la cuantía del beneficio económico solicitado o aceptado por el funcionario público, así como el hecho de que dicho beneficio consista en atenciones que resultan corrientes en la vida social. A diferencia de la doctrina nacional, que no se ha pronunciado sobre el punto, la doctrina extranjera sí lo ha hecho. En España, por ejemplo, en lo que dice relación con la mayor o menor cuantía del beneficio, mientras algunos sostienen que el monto de la ventaja económica resulta completamente irrelevante,⁴⁷ la mayoría afirma que no puede apreciarse un delito de cohecho frente a beneficios económicos de valor insignificante.⁴⁸ En todo caso, parte de esta postura mayoritaria matiza su aserción, señalando que es exigible que la cuantía resulte suficiente para motivar al funcionario a actuar en el sentido que el particular desea.⁴⁹ La misma discusión se puede observar en la doctrina argentina.⁵⁰ Por otra parte, en lo que respecta a la solicitud, aceptación, ofrecimiento o entrega de ciertos beneficios económicos en contextos socialmente adecuados o tolerados, la doctrina española afirma, en general, que en estos casos no resulta procedente apreciar un delito de cohecho.⁵¹

Según nuestra opinión, a pesar de que la regulación del delito de cohecho contenida en el Código Penal no hace alusión alguna a estos aspectos, las consideraciones que giran en torno a la idea

⁴⁷ Entre otros, GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS: *Comentarios...*, ob. cit., p. 77; "Respecto al quantum, debe destacarse que el CP 95 nada fija al respecto, por lo que es indiferente la cuantía de la dáviva o presente..."

⁴⁸ Cfr. entre otros, CASAS BARQUERO: "Observaciones técnico-jurídicas...", ob. cit., p. 243; EL MISMO: "Algunos aspectos...", ob. cit., p. 664; DÍAZ Y GARCÍA CONILLDO: "El delito de cohecho", ob. cit., p. 163.

⁴⁹ Cfr., por ejemplo, MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 959; "La cuantía de la dáviva o presente debe ser relevante en orden a motivar al funcionario en su actuación".

⁵⁰ Cfr. entre otros, DONNA: *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 219, señalando que lo relevante no es el valor de la dáviva que se ofrece o entrega al funcionario público, sino su idoneidad para motivarlo a realizar el acto; BUONAPADRE: *Delitos contra la Administración Pública...*, ob. cit., p. 189, afirmando que las pequeñas retribuciones no pueden descartarse del tipo penal del cohecho, toda vez que tienen un poder corruptor.

⁵¹ Vid. entre otros, CATALÁN SENDER: *Los delitos cometidos...*, ob. cit., pp. 214 y s.; DÍAZ Y GARCÍA CONILLDO: "El delito de cohecho", ob. cit., pp. 165 y s.; CASAS BARQUERO: "Observaciones técnico-jurídicas...", ob. cit., pp. 243 y s.; EL MISMO: "Algunos aspectos...", ob. cit., p. 664.

de la adecuación social deben ser tomadas en cuenta. En efecto, no puede sostenerse seriamente que sea voluntad de la ley penal, expresión de soberanía popular, el castigar comportamientos que la propia sociedad tolera o estima adecuados.⁵² Piénsese, por ejemplo, en los regalos que, con motivo de la celebración de Navidad, reciben ciertos funcionarios públicos por parte de los directos beneficiarios de sus servicios (carteros, basureros, etc.). Es evidente que estos regalos se hacen por haber ejecutado los actos propios del cargo del empleado en el año que termina y para que se los siga ejecutando el año siguiente (sin perjuicio de que pueda existir también una auténtica motivación solidaria), con lo cual las exigencias del tipo parecerían estar satisfechas, pero no por eso puede defenderse la procedencia del castigo de estas conductas. El criterio de la adecuación social lo impediría.⁵³ Con todo, el análisis de la adecuación social del comportamiento debe ser realizado caso a caso, porque a pesar de que el hecho de entregar un regalo pueda, a primera vista, aparecer cubierto por este criterio, en definitiva podría no estarlo (por ejemplo, cuando con ocasión de las fiestas de Navidad se regala al funcionario público un obsequio que excede con creces lo que se considera normal en tales circunstancias).

En cambio, creemos que no pueden tomarse en cuenta las consideraciones que giran en torno a la idea de la *insignificancia* de los beneficios económicos solicitados o aceptados por los empleados públicos. Desde luego, nos estamos refiriendo a beneficios económicos solicitados o aceptados en situaciones que no se consideran socialmente adecuadas o toleradas. Cuando no pueda operar el criterio de la adecuación social, la conducta del funcionario que solicita o acepta un beneficio económico debe estimarse típica—supuesta

⁵² Máxime, si el art. 64 N° 5 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, después de señalar que conlleva el principio de prohibición administrativa la conducta consistente en solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, venegas o privilegios de cualquier naturaleza, exceptúa la prohibición los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación. Si esto es lo que ocurre en materia administrativa, con mayor razón se debe aplicar en materia penal.

⁵³ En todo caso, esta conclusión es válida sólo para la figura básica de cohecho del empleado público que se está analizando y no para las modalidades agravadas, por las razones que más adelante se darán.

la concurrencia de los demás elementos del tipo—, a pesar del exiguo valor que pueda tener.⁵⁴ Ello debe considerarse así, no sólo porque en situaciones de apremio económico un funcionario puede acceder a los requerimientos de un particular aun frente a ofrecimientos de bajísima cuantía, sino también porque así lo reclama una adecuada protección del bien jurídico. En efecto, si el bien jurídico en el delito de cohecho es, como afirmamos más arriba, el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos, corrección que se traduce, entre otras cosas, en que no se paguen sumas indebidas, resultará afectado frente a cualquier beneficio económico que se pida o acepte por el empleado, aun cuando su cuantía sea muy reducida.

1.6.4. Sentido de la frase "...para ejecutar o por haber ejecutado..."

El hecho de que el artículo 248 del Código Penal se ponga tanto en el caso en que el beneficio económico que el empleado solicita o acepta tenga por finalidad la realización futura de una acción, como en la situación en que se pretenda una recompensa por una acción ya realizada, permite sostener que resulta procedente en Chile distinguir entre el cohecho antecedente y el subsiguiente. La misma distinción es hecha en la figura agravada de cohecho del funcionario del artículo 248 bis y en el cohecho del particular del artículo 250.

Lo primero que cabe señalar en relación con esta frase es que ella revela una importante exigencia a nivel subjetivo, cual es que debe concurrir dolo directo en el sujeto activo. En efecto, la mencionada expresión resulta incompatible con el dolo eventual, pues sólo de quien obra con dolo directo puede decirse que pide o acepta algo para realizar una acción o por haberla realizado.⁵⁵

⁵⁴ Cfr. CARRERA: *Programa...*, ob. cit., vol. V, parágrafo 2554, p. 100: "No influye para nada en la esencia del delito el que el lucro [...] sea grande o pequeño, pues la justicia se ofende *etiam uno nummo* (aun por un solo céntimo)".

⁵⁵ Cfr. MIR PUIG: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 229; OCTAVIO DE TOLEDO y LEBER: "Derecho Penal, poderes públicos y negocios...", ob. cit., p. 876; DONNA: *Delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., pp. 223 y s.; BUONAPARTE: *Delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., pp. 190 y s., todos destacando la exigencia de dolo directo para tipos penales contenidos en el Código Penal español, muy similares al del artículo 248 del Código Penal chileno.

El segundo comentario que merece la expresada frase es que su inclusión obliga a detenerse en el análisis de la justificación del castigo del llamado cohecho subsiguiente. Como lo señalamos más arriba, algunos autores afirman que el castigo del cohecho subsiguiente no se encuentra del todo justificado desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico, y que su punición se debe sólo a una razón político-criminal, cual es la sospecha de un pacto previo de pago por el servicio, cuya existencia resulta de difícil probanza.⁵⁶ Nuestra opinión es diferente. Si —como ya lo hemos señalado más de una vez— el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos, lo que implica que no se paguen sumas indebidas, entonces el cohecho subsiguiente del funcionario público sí atenta contra el bien jurídico, lesionándolo. En efecto, cuando el empleado solicita o acepta de los particulares más derechos que los señalados por razón de su cargo o un beneficio económico por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, no se satisfacen las exigencias que impone el correcto servicio que la Administración debe prestar a los ciudadanos. Sin embargo, la afectación del bien jurídico en los términos expuestos no significa que esta forma de cohecho tenga entidad suficiente para ser penalmente sancionada.

1.6.5. *Acto propio del cargo*

Interesa también analizar qué debe entenderse por la expresión “actos propios del cargo”. En la doctrina española existen dos posiciones sobre el punto. Una, que podríamos denominar restrictiva y que percibimos como minoritaria, afirma que por actos propios del cargo del funcionario público deben entenderse sólo aquellos cuya realización obedece al ejercicio de las funciones públicas, debiendo descartarse los actos que no pertenecen a la esfera de atribuciones del empleado, pero cuya comisión resulta facilitada por su condición de tal.⁵⁷ La otra, que podríamos calificar como am-

⁵⁶ Véase *supra*, Cap. III, 2.

⁵⁷ Entre los partidarios de esta forma de entender la expresión “actos propios del cargo”, puede verse (CÓRDOBA RODA: “El cohecho...”, *ob. cit.*, pp. 178 y s.

plia y que nos parece mayoritaria, sostiene que por actos propios del cargo del empleado público deben comprenderse aquellos que guarden relación con las actividades públicas que éste realiza, pudiendo ejecutarlos con facilidad por la función que desempeña, pero sin que sea necesario que su ejecución corresponda específicamente al ámbito de su competencia.⁵⁸

Según nuestra opinión, puede defenderse en España la concepción amplia, dada la redacción de los artículos pertinentes del Código Penal de dicho país, los cuales aluden a actos *relativos al ejercicio* del cargo. En efecto, podría sostenerse que un acto que no sea de competencia del cargo de un funcionario, pero cuya ejecución se vea facilitada por su condición de tal, guarda alguna relación con el ejercicio de su cargo. Sin embargo, creemos que en Chile sólo la concepción restrictiva resulta defendible, atendida la regulación del cohecho contenida en nuestro Código Penal, cuyas disposiciones pertinentes aluden a actos *propios* del cargo. No puede sostenerse seriamente que sean actos propios del cargo de un funcionario aquellos que no pertenezcan a la competencia de éste, pero cuya realización pueda verse facilitada por su calidad de tal. *Propio* significa, como lo señala el Diccionario de la Real Academia Española, “perteneciente o relativo a alguien que tiene la facultad exclusiva de disponer de ello” (1ª acepción); “característico, peculiar de cada persona o cosa” (2ª acepción). En consecuencia, para dar un ejemplo de acto que no puede estimarse propio del cargo de un funcionario, podemos señalar que no comete esta forma de cohecho el guardia de una municipalidad que solicita o acepta un beneficio económico para destruir un expediente de sumario administrativo instruido en contra de otro empleado municipal, toda vez que este acto no se encuentra dentro de su esfera de competencia.

1.7. PRIMERA FIGURA AGRAVADA DE COHECHO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO (ART. 248 BIS)

Se sanciona con penas superiores a las correspondientes a la figura básica de cohecho de funcionario, al empleado público que so-

⁵⁸ Ch.: dentro de esta concepción amplia, entre otros, GIMENO LAHOZ/CORBI LA IFRERROS: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 78 y RODRÍGUEZ PÉREZ: *El delito de cohecho...*, *ob. cit.*, pp. 204 y ss.

licita (modalidad activa) o acepta (modalidad pasiva) recibir un beneficio económico, para sí o un tercero, para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o go (inc. 1^ª). Se imponen penas aun superiores si la infracción a los deberes del cargo consiste en ejercer influencia en otro empleado público, con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado (inc. 2^ª).

Con el objeto de no repetir aquí consideraciones efectuadas más arriba a propósito de la figura básica de cohecho del funcionario público del art. 248 del Código Penal, remitimos al lector a lo que hemos señalado en relación con el verbo rector, el beneficio económico, el sentido de la frase "para ejecutar o por haber ejecutado" y el alcance de la expresión "actos propios del cargo".

Sin embargo, es necesario efectuar algunas precisiones respecto del *beneficio económico*. Por una parte, en la figura básica del art. 248, como ya lo señalamos, con la alusión al beneficio económico para realizar un acto en razón del cual no están señalados derechos al funcionario, se pretende cubrir las hipótesis en las que éste no se encuentra facultado para cobrar dinero al público por el ejercicio de su cargo. En cambio, la figura agravada del art. 248 bis resulta aplicable tanto a los casos en que el empleado no se encuentra facultado para cobrar dinero al público por el ejercicio de su cargo, como a aquellos en que está facultado para cobrar derechos.

Por otra parte, las consideraciones que giran en torno a la idea de la adecuación social, como ya lo afirmamos, deben ser tomadas en cuenta para excluir del tipo básico del art. 248 comportamientos que, a pesar de calzar en su tenor literal, la propia sociedad tolera o estima adecuados. En cambio, no caben consideraciones de esta clase en la figura agravada del art. 248 bis, porque lo impide la finalidad que debe tener la solicitud o aceptación del beneficio económico. Como se exige que este beneficio se solicite o acepte para omitir o por haber omitido un acto debido propio del cargo del funcionario, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, no resulta posible invocar un criterio de adecuación social para excluir conductas que quepan dentro de su tenor literal. Esto es así, porque si bien la sociedad puede considerar adecuado o tolerar, en ciertas circunstancias, que los particulares entreguen a los funcionarios beneficios porque han cumplido su deber o para que lo cumplan, no resulta aceptable

para la misma sociedad que esos beneficios se entreguen porque los empleados no han cumplido su deber o para que dejen de cumplirlo.

La conducta del funcionario que omite un acto debido propio de su cargo o que ejecuta un acto con infracción a los deberes de su cargo, para obtener una ventaja, parece más grave que la del empleado que pretende conseguir una ventaja a través de la ejecución de un acto debido propio de su cargo. La mayor gravedad del primer comportamiento se explica porque en él el funcionario pretende lograr un beneficio dejando de cumplir con sus deberes, a diferencia de lo que ocurre en el segundo, en el cual busca obtener una ventaja para cumplir con sus deberes.⁹⁹ Esa es la razón por la que el legislador sanciona más severamente la primera conducta.

De la misma forma como lo señalamos al analizar el tipo básico del art. 248, las expresiones "para omitir o por haber omitido" y "para ejecutar o por haber ejecutado", de que se vale la figura agravada del art. 248 bis, implican una importante exigencia subjetiva, cual es que debe concurrir dolo directo en el sujeto activo. Las mencionadas expresiones no son compatibles con el dolo eventual, pues sólo de quien actúa con dolo directo se puede decir que solicita o acepta algo *para* omitir o ejecutar o *por* haber omitido o ejecutado.

Si la acción o la omisión en que se pretende que el empleado incurra, a cambio del beneficio económico, constituyera, a su vez, un delito funcionario, es necesario efectuar una distinción. Si se tratara de un delito funcionario previsto en el párrafo 4 del Título III o en el Título V del Libro II del Código Penal (por ejemplo, art. 149 números 4^º y 5^º, art. 150 A inciso 2^º, art. 224 número 4^º, art. 229, art. 237, art. 253, etc.), se produciría un concurso aparente de leyes penales entre el art. 248 bis y el art. 249, concurso que, por aplicación del principio de subsidiariedad, se resolvería a favor del art. 249.⁹⁹ En esta hipótesis, en todo caso, el concurso se presenta

⁹⁹ Cf. ETCHERREY: *Delito Penal*, ob. cit., IV, p. 255.

⁹⁹ No creemos que entre los tipos contenidos en los arts. 248 bis y 249 del Código Penal exista una auténtica relación de género a especie como para sostener que el señalado concurso haya de resolverse por aplicación del *principio de especialidad*. Ello es así, porque cuando un empleado público solicita o acepta recibir un beneficio económico para cometer alguno de los delitos ministeriales expresados en el párrafo 4^º del Título III o en el Título V del Libro II —hipótesis a que alude el art. 249—, no siempre la comisión del respectivo delito funcionario

ría sólo si el empleado solicita o acepta el beneficio económico *para incurrir* en la acción u omisión y no si se hace *por haber incurrido* en ellas, porque el art. 249 únicamente alude a la solicitud o aceptación del beneficio económico *para cometer* alguno de los señalados delitos ministeriales y no al caso en que se lo pida o acepte *por haberlo cometido*. En cambio, si la ejecución o la omisión del acto de omisión de los empleados públicos de presentar denuncia, de conformidad con lo previsto en los arts. 175 letras a) y b) y 177 del Código Procesal Penal, no habría ningún concurso y únicamente sería aplicable el art. 248 bis. No se realizaría el correspondiente tipo penal, porque respecto de éste la conducta habría alcanzado a constituir sólo un acto preparatorio impune. Cuestión distinta es determinar qué sucede cuando el funcionario no se queda en la mera solicitud o aceptación del beneficio para ejecutar un acto con infracción a los deberes propios de su cargo o para omitir un acto debido propio de su cargo, si la acción o la omisión constituyeran otro delito ministerial, sino que va más allá y efectivamente, incurre en ellas. A esta hipótesis nos referiremos más adelante, cuando analicemos la figura agravada de cohecho del funcionario del art. 249.

Llama la atención el hecho de que el legislador se ponga en el caso en que el beneficio económico que se solicita o acepta por el funcionario sea para ejecutar u omitir un acto, o por haberlo ejecutado u omitido, pero no ayuda al caso en que el beneficio sea para retardar un acto o por haberlo retardado. Piénsese, por ejemplo, en el hipotético caso de un fiscal que, movido por un afán de lucro, demore injustificadamente la tramitación de una orden de detención ante un juez de garantía, con el fin de permitir que la persona sospechosa de haber cometido un delito tenga la oportunidad de eludir la acción de la justicia, o bien, retarde el cumplimiento de una orden de allanamiento para darle tiempo al

importar la ejecución de un acto por parte del empleado con infracción a los deberes de su cargo —hipótesis a que se refiere el art. 248 bis—, si bien es muy probable que así sea. En otras palabras, es posible que un funcionario público, sin infringir los deberes de su cargo, ejecute alguno de los señalados delitos ministeriales, para cuya comisión solicite o acepte un beneficio económico. Todo dependerá de la concreta regulación de los deberes que impone el adecuado ejercicio del cargo que detenta el empleado.

imputado para que retire de su domicilio los objetos que puedan comprometerle.⁶¹ A veces, conductas como éstas podrán, de todas formas, estimarse típicas, considerándolas como un caso en que el beneficio económico se solicita o acepta para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo. Ello será así, especialmente, cuando alguno de los deberes del cargo del funcionario le obligue a desenvolverse con rapidez en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, esto no siempre ocurrirá, sobre todo en aquellos casos en que el empleado público cuenta con un plazo máximo para realizar un acto. Por ejemplo, imaginemos el caso de un funcionario a quien se le ha encomendado la instrucción de un sumario administrativo, y que acepta un beneficio económico que le ofrece el inculpado, para que demore el cierre de la investigación hasta el último día del plazo, dándole así más días para recabar antecedentes probatorios de descargo. Creemos que existe fundamento serio para sostener que casos como éstos son atípicos —por lo menos, en lo que dice relación con los tipos de cohecho—, por lo que denunciamos en este punto una laguna de punición. Vale la pena tener presente que en Argentina esta situación fue constatada como un vacío de punibilidad, razón por la cual fue necesario llenarlo, a través de la promulgación de una nueva ley.⁶²

Un funcionario *viñinga los deberes de su cargo* al ejecutar un acto, cuando contraviene las disposiciones que regulan el desarrollo de las funciones propias del cargo o del servicio al que pertenece. Estas disposiciones pueden estar situadas en textos normativos tan diversos como una ley, un reglamento, un instructivo, una circular, etc. Contra lo que pudiera creerse, esta infracción de deberes del cargo del funcionario no sólo se puede presentar en el ejercicio de su actividad reglada, sino también dentro de su actividad discrecional. Particularmente, esto último puede tener lugar cuando el acto discrecional que realiza importa una desviación o un exceso del poder que se le ha conferido.⁶³

Según lo prescrito en el inciso segundo del art. 248 bis, las penas para la figura agravada de cohecho que estamos estudiando aumentan cuando el funcionario solicita o acepta el beneficio

⁶¹ Estos ejemplos han sido extraídos y adaptados de DONNA: *Delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., pp. 221 v s.

⁶² Cfr. DONNA: *Delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 221.

⁶³ Cfr. CASAS BAROJERO: "Observaciones técnico-jurídicas...", ob. cit., p. 298.

económico para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, y esta infracción consiste en ejercer influencia en otro empleado con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado.

La doctrina nacional ha incorporado aquí, como forma de cometer el cohecho, el delito de tráfico de influencias del art. 240 bis del Código Penal.⁶⁴ Sin embargo, no existe total coincidencia entre la modalidad de cohecho en análisis y el *tráfico de influencias* del art. 240 bis. Ello es así, porque mientras en el cohecho la persona favorecida con la decisión que adopte el empleado en quien el funcionario cohechado pretenda ejercer influencia, puede ser cualquiera (el particular sobornante u otra persona), en el *tráfico de influencias* se exige que la persona beneficiada con la decisión del empleado sea el funcionario que ejerce influencia en éste o alguna de las personas vinculadas con él, mencionadas en los incisos 3º y 4º del art. 240. De todas formas, en lo medular, la estructura es similar.

En cuanto al sentido de la expresión "ejercer influencia", creemos que para estar en presencia de esta conducta no basta con una mera sugerencia o recomendación, sino que se requiere algo más. Según el Diccionario de la Real Academia Española, *influir* significa "ejercer predominio o fuerza moral" (2ª acepción), e *influencia*, "poder, valimiento, autoridad de alguien para con otra u otras personas o para intervenir en un negocio" (2ª acepción), lo que da luz para determinar en qué consiste ese algo más. Se trata de la situación de superioridad en que debe encontrarse el funcionario público que busque influir en el empleado que tiene a su cargo la adopción de la decisión. Es decir, quien ejerce la influencia debe abusar de una situación de prevalimiento.⁶⁵

1.8. SEGUNDA FIGURA AGRAVADA DE COHECHO DEL FUNCIONARIO (ART. 249)

Se castiga al empleado público que *solicita* (modalidad activa) o *acepta* (modalidad pasiva) recibir un beneficio económico, para sí o para

⁶⁴ Vld. MATOS ACUÑA/RAMÍREZ/GUZMÁN: *Lecturas...*, ob. cit., p. 203.

⁶⁵ Cfr. OSSANDÓN WIDOW: *Consideraciones político-criminales...*, ob. cit., pp. 170 y ss. Sobre el delito de tráfico de influencias, en general, puede verse también VERA VEGA: *El delito de tráfico de influencias*, ob. cit., *passim*.

un tercero, para cometer alguno de los delitos previstos en el Título V o en el párrafo 4 del Título III del Libro II del Código Penal, sin perjuicio de la pena aplicable al concreto delito cometido por el funcionario.

Para no reiterar consideraciones ya hechas, nos remitimos a lo que hemos señalado más arriba a propósito del verbo rector y del beneficio económico. Pero en relación con éste y con lo dicho respecto de la adecuación social, se debe precisar que lo que cabe tener presente aquí no son los planteamientos efectuados a propósito de la figura básica de cohecho del art. 248, sino los realizados en relación con la figura agravada del art. 248 bis. Es decir, no procede acudir al principio de la adecuación social para excluir conductas que quepan dentro del tenor literal del art. 249, porque lo impide la finalidad que debe tener la solicitud o aceptación del beneficio económico. La sociedad puede considerar adecuado o tolerar, en ciertas circunstancias, que los particulares entreguen a los funcionarios beneficios porque han cumplido su deber o para que lo cumplan, pero no resulta aceptable para la misma sociedad que esos beneficios se entreguen para que los empleados cometan delitos en el ejercicio de sus cargos.

Del mismo modo, cabe recordar lo expresado a propósito de la frase "para ejecutar [...] un acto", en el sentido de la exigencia subjetiva que ella importa, pero teniendo presente lo que a continuación se indica y el hecho de que el art. 249, en vez de la señalada frase, contiene la expresión "...para cometer alguno de los crímenes o simples delitos...".

El primer comentario que cabe hacer respecto de esta disposición es que llama la atención que sólo se ponga en el caso en que se solicite o acepte el beneficio económico *para cometer* un delito funcionario, y no en el caso en que se lo pida o acepte *por haberlo cometido*.⁶⁶ Esto conduce al siguiente contrasentido. Para el legislador, resulta más grave la conducta de un empleado que solicita o acepta un beneficio económico por haber ejecutado un acto propio de su cargo, en razón del cual no le están señalados derechos (según el art. 248, las penas son suspensión y multa), o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o haber ejecutado un

⁶⁶ Cfr. la constatación de esta omisión en MATOS ACUÑA/RAMÍREZ/GUZMÁN: *Lecturas...*, ob. cit., p. 204.

acto con infracción a los deberes de su cargo (según el art. 248 bis, las penas son inhabilitación, multa y una pena privativa de libertad), que el comportamiento del funcionario que solicita o acepta un beneficio económico por haber cometido un delito ministerial. Esta conducta resultaría impune por atípica, al no estar contemplada en el art. 249, salvo que en el caso concreto pueda considerarse que, al cometer el empleado un delito funcionario, ha ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo que intenta o ha incurrido en una omisión de un acto debido propio de su cargo, siendo entonces aplicable el art. 248 bis.

Con la modificación que en esta materia introdujo la Ley Nº 19.645, de 1999, para determinar la pena aplicable al empleado que comete un delito ministerial asociado al cohecho del funcionario público agravado del art. 249, además de la pena de este último delito, pasó a ser necesario examinar la pena privativa de libertad que el inciso segundo del art. 250 establecía para el cohecho del particular asociado al cohecho del funcionario agravado del art. 248 bis, es decir, reclusión menor en grado medio. Si la pena por el concreto delito ministerial cometido por el empleado era inferior a la señalada pena privativa de libertad, el art. 249 obligaba a imponer esta última. Esta situación cambió con la Ley Nº 19.829, de 2002, que dio al inciso segundo del art. 249 su actual redacción. Conforme a ésta, resulta claro, sin necesidad de acudir a otra disposición, que la pena del empleado que comete un delito ministerial asociado a un cohecho de funcionario agravado del art. 249, sin perjuicio de la pena correspondiente a este último delito, no puede ser inferior a reclusión menor en su grado medio. No es ésta una regla que sustituya la determinación judicial concreta de la pena, sino que se trata del marco legal abstracto de pena, desde el cual el juzgador debe partir en el procedimiento de individualización de la sanción, tomando en cuenta los diversos factores que inciden en él.⁶⁷

El art. 249 sólo se pone en la hipótesis de delitos funcionarios previstos en el Título V o en el párrafo 4 del Título III del Libro II del Código Penal. En tales casos, si el delito funcionario no llega a cometerse, la conducta de solicitar o aceptar un beneficio econó-

⁶⁷ Cfr. *Diario de sesiones del Senado*, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 25ª, martes 3 de septiembre de 2002, pp. 2618 y s.

mico se sanciona sólo a título de cohecho, con las penas establecidas en el inciso primero del art. 249. Pero si el ilícito efectivamente es cometido, se produce un concurso material de delitos, integrado por el cohecho y el respectivo delito ministerial, para el que se ha contemplado en forma especial una regla de punición en el propio texto del señalado artículo (inciso segundo: "...sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público...").

Cabe, entonces, preguntarse qué sucede cuando el concreto delito ministerial sobre el que gira la conducta es otro, como, por ejemplo, la falsificación de documento público del art. 193 (que está en el Título IV), el atentado contra las formalidades del matrimonio del art. 388 (que está en el Título VII), o un delito ministerial que tenga la particularidad de ser de omisión propia (por ejemplo, la omisión de los empleados públicos de presentar denuncia, de conformidad con lo previsto en los arts. 175 letras a) y b) y 177 CPP). Entonces, es necesario volver a efectuar una distinción:

a) Si puede estimarse que la realización del correspondiente delito ministerial constituye la ejecución de un acto con infracción a los deberes del cargo o la omisión de un acto debido propio del cargo, la sola solicitud o aceptación del beneficio económico por parte del funcionario configurará el tipo agravado de cohecho del art. 248 bis. La posterior comisión del respectivo delito funcionario daría lugar a un concurso material de delitos, entre el cohecho agravado del art. 248 bis y el correspondiente delito ministerial, concurso que se resolvería según las reglas generales.

b) En los demás casos, la sola solicitud o aceptación del beneficio económico por parte del funcionario no originaría todavía para éste responsabilidad penal, porque no cabría en el tipo agravado del art. 249 y, respecto del concreto delito ministerial, se trataría, en general, de un acto preparatorio impune. Pero si a la solicitud o aceptación del beneficio económico le sigue la efectiva comisión del delito ministerial, nacerá responsabilidad penal para el empleado por el correspondiente delito funcionario, agravada por la circunstancia modificatoria del art. 12 Nº 2 (cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa).

Lo que hasta ahora hemos señalado nos permite concluir que existe una evidente desproporción entre las penas aplicables a los funcionarios públicos en las formas agravadas de cohecho que pueden cometer. Nos referimos, concretamente, a las penas aplicables

en las hipótesis de cohecho *anteriamente*, sin que se llegue a ejecutar el acto o a incurrir en la omisión que motiva la solicitud o la aceptación del beneficio económico. Cuando con el beneficio se busca omitir un acto debido propio del cargo del funcionario o ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo (art. 248 bis), se contempla la aplicación de una pena privativa de libertad —junto con penas de inhabilitación y multa—, aun cuando en definitiva no se incurra en la omisión ni se ejecute el acto. En cambio, cuando con el beneficio económico se busca la comisión de un delito ministerial (art. 249), si el delito funcionario no se comete, sólo se prevé la aplicación de penas de inhabilitación y multa. Ello es así, porque de lo dispuesto en el inciso segundo del art. 249 se desprende que la pena privativa de libertad allí contemplada se aplica sólo si el delito ministerial efectivamente se comete. La crítica, entonces, resulta obvia. Atendido el tenor de las disposiciones aludidas, para el legislador es más grave que un funcionario público solicite o acepte un beneficio económico para omitir un acto debido propio de su cargo o para ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo, que para cometer un acto con infracción a los deberes de su cargo. Esto es inaceptable y requiere una urgente modificación legal.

Por otra parte, cuando se ejecuta el acto o se incurre en la omisión que motiva la solicitud o la aceptación del beneficio económico, y tal conducta queda comprendida en la descripción del art. 248 bis, estaríamos frente a un concurso material sancionado según las reglas generales, es decir, con las penas asignadas a esa forma de cohecho —que incluye una pena privativa de libertad— y las correspondientes al delito efectivamente cometido. En tal caso art. 249 para el caso en que se cometa un delito contemplado en el Título V o en el párrafo 4 del Título III del Libro II del Código Penal. Para evitar la imposición de una pena desproporcionada, tratándose del supuesto sancionado por el art. 248 bis, debe concluirse que estamos en presencia de un concurso aparente de leyes penales entre la figura de cohecho del art. 248 bis y el delito cometido con la agravante del art. 12 N° 2 (cometerlo mediante predecho, recompensa o promesa), el que habría de resolverse a favor de este último por el principio de absorción, si así lo permiten las relaciones de gravedad que puedan establecerse entre las disposiciones que los contemplan.

1.9. FIGURA BÁSICA DE COHECHO DEL PARTICULAR (ART. 250)

Esta figura sanciona al que *ofrece* (modalidad activa) o *consiente en dar* (modalidad pasiva) a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones previstas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas.⁶⁸ Se castiga más severamente el ofrecer el beneficio que el consentir en darlo⁶⁹ y se establecen penas más graves para este delito cuando el beneficio que se ofrece o consiente en dar se relaciona con la comisión de delitos funcionarios del art. 249, que cuando se vincula con las acciones u omisiones del art. 248 bis, siendo la modalidad más benigna aquella en que el beneficio se refiere a las acciones del art. 248.

Al igual que los tipos básico y agravados de cohecho del funcionario, el tipo de cohecho del particular es de conductas alternativas. Exige un comportamiento consistente en *ofrecer* un beneficio económico o en *consentir en darlo*. Lo primero significa, según el Diccionario de la Real Academia Española, “comprometerse alguien a dar, hacer o decir algo” (1ª acepción); “presentar y dar voluntariamente algo” (2ª acepción). No es necesario que el ofrecimiento se haga en términos formales y explícitos, porque el tipo no lo exige, sino que basta cualquier conducta que revele inequívocamente la proposición económica que el particular le hace al empleado público, como, por ejemplo, mostrarle un fajó de billetes que se tiene en el bolsillo. Lo segundo, también según el men-

⁶⁸ Nótese que en la redacción que la Ley N° 19.829 asignó al inciso primero del art. 250 se ha incurrido en un error de sintaxis al utilizar la expresión “o por haberla realizado”. Debería sustituirse la palabra “haberla” por “haberlas”.

⁶⁹ Al establecer esta forma de sancionar el cohecho del particular, introducida por la Ley N° 19.829, se ha estimado que resulta más grave ofrecer un beneficio económico que sólo consentir en darlo al funcionario que lo ha pedido, pues en este último caso el particular, más bien, cede ante una presión. Así lo expusieron los abogados de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, Sres. Francisco Maldonado Fuentes y Fernando Londoño Martínez, ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, frente a una consulta del diputado Juan Bustos Ramírez acerca de la razón de la diferencia de penalidad entre ambas situaciones. Cfr. *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 11ª, martes 2 de julio de 2002, p. 133. Cfr. la crítica a idéntico proceder en la regulación española del delito de cohecho, de Díaz y García Conlledo, “El delito de cohecho”, ob. cit., p. 167.

cionado Diccionario, significa "permitir algo o condescender en que se haga" (1ª acepción). Tampoco es necesario que se consienta de manera expresa en entregar al funcionario lo que éste ha pedido, bastando cualquier comportamiento que constituya una manifestación de voluntad del particular en dicho sentido, como, por ejemplo, asentir con la cabeza. Luego, no se requiere que el particular efectivamente entregue algo al empleado para que su conducta se estime típica.

Con la modificación introducida en esta materia por la Ley N° 19.645, en todos los tipos de cohecho del funcionario (arts. 248, 248 bis y 249) se contempló expresamente la posibilidad de que el beneficio económico que éste solicitara o aceptara pudiese ser para el particular (art. 250). La disposición que tipificaba este último delito no se ponía en el caso de beneficios económicos ofrecidos o consentidos a favor de terceros, lo que constituía un grave vacío a un partido político una conducta de ofrecer o consentir en dar que un funcionario público no ejerciera la labor fiscalizadora a que se encontraba obligado, quedaba fuera del tipo. Fue necesario, entonces, colmar esta laguna, lo que se hizo con la Ley N° 19.829,⁷⁰

⁷⁰ El Mensaje Presidencial con que se inició la tramitación del proyecto que derivó en la Ley N° 19.829, en su parte pertinente, señala: "se incorpora expresamente la hipótesis de dádiva destinada a un tercero, situación que se encontraba explicitada sólo en los tipos de cohecho pasivo, omitiéndose su referencia en la figura activa". Vid. *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*, Legislatura 345ª, Ex- traordinaria, sesión 16ª, martes 13 de noviembre de 2001, p. 54. Por su parte, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, recaído en el proyecto de ley, en su parte pertinente, expresa: "el tener en cuenta la norma actual lleva a pensar que el beneficio ofrecido sólo puede ser en provecho del funcionario público, pero no de un tercero, razón por la que se prefirió ampliar expresamente la figura, para establecer que la dádiva puede ceder también en beneficio de un tercero". Cfr. *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 11ª, martes 2 de julio de 2002, p. 132.

⁷¹ Sin embargo, según opinión del profesor Antonio Bascurán Rodríguez, el cambio no vino a colmar ninguna laguna, porque la posibilidad de que el beneficio fuera en provecho de un tercero ya se encontraba especificada en las disposiciones que precedían al art. 250, de modo que la reforma habría venido sólo a aclarar posibles dudas, opinión con la que estuvieron de acuerdo el profesor Francisco Maldonado Fuentes y los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Cfr. *Diario de sesiones del Senado*, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 25ª, martes 3 de septiembre de 2002, p. 2920.

la que agregó en el texto del inciso primero del art. 250 la frase "...en provecho de éste o de un tercero...". En consecuencia, hoy se castigan como cohecho del particular no sólo los casos en que el beneficio económico ofrecido o consentido por el particular vaya en provecho del funcionario, sino también aquellos en que el beneficio vaya en provecho de un tercero.

En relación con el alcance de la fórmula "para que realice las acciones o incurra en las omisiones [...] o por haberla" realizada o haber incurrido en ellas", tal como lo hemos señalado para frases similares contempladas en los tipos de cohecho del funcionario, ella contiene una exigencia subjetiva, cual es que debe concurrir dolo directo en el sujeto activo. En efecto, la mencionada expresión no resulta compatible con el dolo eventual, pues sólo de quien actúa con dolo directo puede decirse que ofrece o consiente en dar algo para que se realicen ciertas acciones o se incurra en ciertas omisiones o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas.

La redacción del art. 250 permite sostener que contiene una grave infracción al principio de proporcionalidad. Nos referimos a la falta de armonía que existe entre la pena aplicable al particular que ofrece o consiente en dar al empleado un beneficio económico para que cometa alguno de los delitos ministeriales señalados en el art. 249 y la pena aplicable al funcionario que solicita o acepta recibir un beneficio económico para cometer alguno de estos delitos, sin que en definitiva lo cometa. En este caso, al particular se le castigaría con penas de multa e inhabilitación (art. 250 inciso primero) y, además, con una pena privativa de libertad (art. 250 inciso tercero). En cambio, al funcionario se le sancionaría sólo con penas de multa e inhabilitación (art. 249 inciso primero); no se le impondría pena privativa de libertad, porque —como señalamos más arriba— del inciso segundo del art. 249 se desprende que para eso sería necesario que cometa el delito ministerial que se busca con el beneficio que pide o acepta. La crítica es evidente. No es aceptable que el particular sea castigado con penas más graves que el funcionario público, atendido el mayor desvalor de la actuación de este último.

Por eso pensamos que ha de interpretarse restrictivamente el inciso tercero del art. 250, para entender que las penas privativas

⁷² Error de sintaxis a que ya se hizo referencia.

de libertad allí contempladas sólo resultan aplicables cuando el funcionario efectivamente cometa el delito ministerial de que se trate.

1.10. FIGURA PRIVILEGIADA DE COHECHO DEL PARTICULAR (ART. 250 BIS)

Se sanciona con penas más benignas (sólo con multa) el cohecho del particular cuando tiene por objeto la realización u omisión de una actuación de las previstas en los tipos básico o agravado de cohecho del funcionario de los artículos 248 ó 248 bis, que medie en una causa criminal a favor del procesado⁷⁵ y sea cometido por su cónyuge o por ciertos parientes.

Poco se ha preocupado la doctrina nacional de estudiar las razones que justifican la atenuación de pena que, respecto del tipo básico de cohecho del particular del artículo 250 del Código Penal, prevé el tipo privilegiado del artículo 250 bis del mismo Código legal. Quienes se han pronunciado sobre el punto afirman que el fundamento de la atenuación se encuentra en la culpabilidad, concretamente, en una menor exigibilidad de otra conducta, decir, que en los casos a que alude la última disposición el legislador estima *menos exigible* el comportamiento adecuado a Derecho, atendidos los especiales lazos que unen al autor del delito con el imputado o acusado en la causa criminal.⁷⁶ Por su parte, en la doctrina española ésta parece ser la posición mayoritaria, de cara al artículo 424 del Código Penal de ese país, que consagra una atenuación de pena en términos muy similares a los del artículo 250 bis del Código Penal chileno.⁷⁷

⁷⁵ Llama la atención el hecho de que el artículo 250 bis del Código Penal alude todavía al procesado, denominación propia del antiguo sistema de enjuiciamiento criminal. La Ley Nº 19.806, publicada en el Diario Oficial el 31 de mayo de 2002, adecuó una serie de Códigos y leyes al nuevo sistema de justicia penal, modificando con dicho fin varias disposiciones del Código Penal (por ejemplo, sustituyó en los artículos 206 y 207, que aluden al delito de falso testimonio, la palabra "procesado" por la expresión "imputado o acusado"), pero olvidando actualizar el texto del citado artículo.

⁷⁶ Cfr. FICHÉBERRY: *Derecho Penal*, ob. cit., IV, p. 259, afirmando que esta disposición se inspira "...en la admisión de ciertos principios de la concepción normativa de la culpabilidad y de la no exigibilidad de otra conducta".

⁷⁷ Cfr., dentro de esta posición mayoritaria, entre otros, CÁSSIS BARQUERO: "Observaciones técnico-jurídicas...", ob. cit., p. 249; El MISIVO: "Algunos aspectos...

Otra posibilidad interpretativa es aquella que sostiene que la atenuación no se funda en una menor exigibilidad, sino en consideraciones de política criminal que buscan proteger la institución de la familia. Esto llevaría a afirmar que la disposición privilegiada constituye una *semixcusa legal absoluta* o, más precisamente, una *excusa legal atenuatoria*, que no dice relación con alguno de los elementos del delito, sino con su punibilidad. A favor de este planteamiento puede invocarse el hecho de que el legislador no alude de modo expreso a consideraciones de efectividad u otras análogas que deban unir al sobornante con la persona favorecida con su conducta.⁷⁶

La determinación del fundamento de esta cláusula de atenuación de pena en el cohecho del particular no es un asunto baladí. Importantes efectos se pueden derivar del hecho de sostener una u otra posición, en diversas materias. Por ejemplo, en lo que respecta al posible error acerca de la concurrencia de la relación conyugal o de parentesco. Si se afirma que es ésta una semixcusa legal absoluta, en caso de concurrir efectivamente el nexo exigido entre el autor del hecho y la persona imputada o acusada en una causa criminal, será aplicable el artículo 250 bis del Código Penal, aun cuando el sujeto activo ignore la existencia de dicho vínculo. En cambio, si se sostiene que el fundamento de la atenuación se encuentra dentro de la culpabilidad, no podrá aplicarse la citada disposición si el sujeto ignora la concurrencia del nexo parental o conyugal, siendo entonces aplicable el tipo básico de cohecho del particular del artículo 250.

Llama la atención que el artículo 250 bis del Código Penal sólo aluda a los casos en que el cohecho del particular tiene lugar en

tos...", ob. cit., p. 667; DIAZ Y GARCÍA CONTRILLO: "El delito de cohecho", ob. cit., p. 168. Vid. también OLAVOLA NOGALÉS: *El delito de cohecho*, ob. cit., pp. 445 y ss., aludiendo a una motivación anormal fruto de la relación de afectividad y de los vínculos familiares.

El art. 424 del Código Penal español de 1995 dispone: "Cuando el soborno mediere en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halla ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de multa de tres a seis meses".

⁷⁶ Como sí lo hace el citado artículo 424 del Código Penal español. Vid. su texto en nota precedente.

causa criminal a favor del imputado o acusado, cuando éste es cónyuge o pariente de quien realiza la conducta, y no se ponga en la hipótesis en que el sobornante es el propio imputado o acusado.⁷⁷ Pareciera, en un primer acercamiento al tema, que se trata de una omisión del legislador. Sin embargo, es esto algo lógico y coherente si se adopta la segunda posibilidad interpretativa a que acaba de aludir. En efecto, dado que nos encontramos en presencia de una semixecusa legal absoluta o, en otras palabras, una excusa legal atenuatoria, fundada en consideraciones de política criminal que buscan proteger la institución de la familia, no puede extenderse su aplicación a los casos por cuya eventual omisión nos se. Cuando el imputado o acusado realiza una conducta de cohecho en una causa criminal a favor propio, no entran en juego dichos intereses político-criminales, por lo que no resulta pertinente la atenuación de su pena. Si el fundamento de esta cláusula, en cambio, estuviera en la disminución de esta cláusula, en menor exigibilidad de la conducta adecuada a Derecho, entonces sí sería procedente sostener que es ésta una omisión, porque si ésta exigibilidad disminuye cuando se quiere ayudar al cónyuge o a parientes, con mayor razón disminuirá cuando se trata de ayudarse uno mismo.⁷⁸

En todo caso, lo dicho no quiere decir que al imputado o acusado que en causa criminal realiza una conducta de cohecho a favor propio nunca se le pueda atenuar la pena. Siempre será posible aplicar las reglas generales acerca de eximentes y atenuantes de responsabilidad penal fundadas en ausencia o disminución de la exigibilidad de otra conducta.

1.11. *ITER CRIMINIS* EN LAS DISTINTAS FORMAS DE COHECHO

El cohecho es un *delito de mera actividad*, toda vez que se perfecciona con la realización de una conducta, sin exigir para su consuma-

⁷⁷ Extraña causa en la doctrina española idónea omisión por parte del ar técnico-jurídicas...", ob. cit., p. 250. El mismo: "Algunos aspectos...", ob. cit., p. 668; DÍAZ Y GARCÍA CONTRILLO: "El delito de cohecho", ob. cit., p. 168.

⁷⁸ Así lo reconoce OLIVERA AÑON: *El delito de cohecho*, ob. cit., p. 458.

ción que se produzca un resultado material unido por relación de causalidad e imputación objetiva con el comportamiento. En consecuencia, es imposible concebir este delito en grado de frustración, porque si el individuo ejecuta todos los actos que la ley pone de su cargo, el cohecho ya se habrá consumado.

Si bien en lo anterior existe claridad, ésta desaparece cuando se examina la posibilidad de concebir una tentativa de cohecho. Por un lado, hay quienes sostienen que este delito no admite formas imperfectas de ejecución,⁷⁹ es decir, ni frustración ni tentativa. Por otro, hay quienes señalan que es muy difícil que se dé una tentativa de cohecho.⁸⁰ Finalmente, otros afirman que es perfectamente posible apreciar una tentativa de cohecho,⁸¹ criterio que compartimos.

En efecto, consideramos procedente apreciar una tentativa en un delito de mera actividad, siempre que su ejecución sea fraccionable en el tiempo.⁸² Las conductas que a título de cohecho se sancionan, dependiendo de cada caso, pueden admitir fraccionamiento en el tiempo. Los comportamientos consistentes en *solicitar*, en el caso del cohecho del funcionario, y en *ofrecer*, en el caso del cohecho del particular, son susceptibles de dividirse, imaginariamente, en distintas etapas. Por ejemplo, la redacción de una carta en la que el funcionario solicita —o el particular ofrece— un beneficio económico, la entrega de la carta en las oficinas de correos, el traslado de la misma hasta el lugar de destino y su recepción por parte del destinatario. Hasta que esta última etapa no tenga lugar, no puede decirse que el empleado público haya solicitado a alguien un beneficio económico, ni que el particular se lo haya ofrecido a un funcionario, por lo que el cohecho no estará consumado, sino sólo tentado. Solicitar algo de alguien supone que el mensaje se emita

⁷⁹ Cfr. MARTÍN ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN: *Lectioes...*, ob. cit., p. 203, quienes al aludir al tipo básico de cohecho del funcionario del artículo 248 del Código Penal lo califican como un delito formal, "que no puede admitir etapas previas de desarrollo"; GIMENO LAHOZ/COBELLA HERREROS: *Comentarios...*, ob. cit., pp. 75 y s.; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 960.

⁸⁰ Vid. CATALÁN SENDER: *Los delitos connotados...*, ob. cit., p. 210; FERRERA DELGADO: *Delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 91.

⁸¹ Cfr. VALLEJO ALVARO: *El tratamiento penal...*, ob. cit., pp. 239 y ss.

⁸² En dicho sentido, POLITOFF, S.: *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y de Derecho Penal comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 20.

y se rechaza,⁸³ en tanto que ofrecer algo a alguien implica que la propuesta llegue a conocimiento del destinatario.⁸⁴ Imaginemos el caso en que para el traslado de la carta que contiene la solicitud o el ofrecimiento de un beneficio económico se recurre a un intermediario, quien, tras imponerse de su contenido, denuncia el hecho o destruye el documento. O bien, el caso en que la carta enviada se pierde en el camino. En situaciones como éstas, estarán satisfechas las exigencias literales del tipo de tentativa de la figura de cohecho que corresponda. Las conductas consistentes en *acceptar*, en particular, en cuanto también suponen la recepción del mensaje, admiten fraccionamiento y cabe apreciar respecto de ellas la tentativa.

Una cosa es aceptar —como lo hacemos nosotros— la posibilidad de apreciar conceptualmente una tentativa de cohecho, vinculando la definición legal de la tentativa del inciso final del artículo 7º del Código Penal con el correspondiente tipo de cohecho de los artículos 248 y siguientes del mismo texto legal, y otra muy distinta es analizar si acaso la tentativa de cohecho presenta un desvalor tal que justifique su castigo. En otras palabras, si tiene un grado de lesividad suficiente para el bien jurídico que se quiere proteger con la regulación del delito de cohecho. En relación con este tema, algunos autores han señalado, acertadamente, que la tentativa de cohecho, si bien puede conceptualmente admitirse, no debería ser sancionada, por encontrarse demasiado alejada del bien jurídico tutelado.⁸⁵

⁸³ Cfr. VALLEJO ALVAREZ: *El tratamiento penal...*, ob. cit., p. 240. En contrario, GIMENO LAMOTZ/CORBUELLA HERREROS: *Comentarios...*, ob. cit., p. 76: "...la consumación se reputa producida en cuanto se emite la petición..."

⁸⁴ Así, BUONAPADRE: *Delitos contra la Administración Pública...*, ob. cit., pp. 200 y ss.

⁸⁵ Así, OLAIOLA NOGALES: *El delito de cohecho*, ob. cit., p. 406: "Puede afirmarse, que en un delito como el cohecho, en el que se consideran consumadas conductas que desde los principios generales del Derecho Penal suponen una tentativa de cohecho activo), y que por lo tanto quedaban ya bastante alejadas del bien jurídico protegido, las conductas que supongan una tentativa de éstas no tendrán el suficiente desvalor para ser castigadas en virtud del principio de fragmentariedad del Derecho Penal. Quizás pudiera afirmarse que dichas conductas no suponen un ataque del bien jurídico lo suficientemente grave para ser considerado penalmente relevante".

1.12. COHECHO A FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO⁸⁶

El 8 de octubre de 2002 fue publicada en el Diario Oficial la Ley Nº 19.829, que tuvo por objeto, por una parte, "dar cumplimiento a la obligación contraída por el país como adherente de la "Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales", en orden a adecuar su legislación penal relacionada con ese delito, a las normas de la citada Convención" y, por otro, "perfeccionar la figura penal del cohecho activo en la legislación interna".⁸⁷ Para cumplir el primer objetivo, se agregaron dos nuevos artículos en el Código Penal: el art. 250 bis A y el art. 250 bis B. El primero tipificó un nuevo delito, que castiga el cohecho a funcionario público extranjero en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales,⁸⁸ en tanto que el art. 250 bis B incorporó una definición de funcionario público extranjero para los efectos de lo que dispone el artículo anterior.⁸⁹ Para alcanzar el segundo objetivo, se sustituyeron el inc. 2º del art. 249 y todo el texto del art. 250 del mismo Código.

⁸⁶ En detalle sobre el tema, OLIVER CALDERÓN, G.: "Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley Nº 19.829 de 1999)", en *RCJID*, vol. 30 Nº 1, 2003, pp. 43 y ss.

⁸⁷ El propio nombre que se dio a dicho proyecto de ley resulta ilustrativo al respecto: "Proyecto de ley que adecua la legislación interna para implementar en Chile la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, y modifica el tipo penal de cohecho activo". Cfr. el Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura 345ª, Extraordinaria, sesión 16ª, martes 13 de noviembre de 2001, p. 51.

⁸⁸ Art. 250 bis A: "El que ofreciere dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o inacción en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, será sancionado con las mismas penas de reclusión, multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. De igual forma, será castigado el que ofreciere dar el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.

El que, en iguales hipótesis a las descritas en el inciso anterior, consistiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas".

⁸⁹ Art. 250 bis B: "Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que invade la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional".

Sin embargo, en honor a la verdad, es preciso señalar que la modificación de la legislación penal para conseguir el primer objetivo, en cierto modo, era una obligación contraída por el Estado de Chile con anterioridad. En efecto, ya en el art. VIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996, aprobada por el Congreso Nacional en septiembre de 1998 y promulgada mediante Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 1.879, del 29 de octubre de 1998, que se publicó en el Diario Oficial de fecha 2 de febrero de 1999, se había establecido el deber del Estado de sancionar el ofrecimiento u otorgamiento de beneficios a funcionarios públicos extranjeros en el marco de transacciones económicas o comerciales.⁹⁰

Pese a su ubicación dentro del Título V del Libro II del Código Penal, según nuestra opinión, el bien jurídico que se pretende cautelar con este nuevo delito es el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales. Así se desprende del texto de la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, cuyo preámbulo señala que se pretende prevenir y reprimir esta clase de conductas, porque alteran el desarrollo económico y distorsionan las condiciones competitivas internacionales.⁹¹ También el art. 15 resulta muy elocuente al respecto, porque condiciona su entrada en vigencia al hecho de que transcurra un cierto lapso desentendido en conjunto, al menos, el sesenta por ciento del total de las exportaciones de estos diez países, hayan depositado sus instrumentos de aceptación, aprobación o ratificación. Incluso, en el propio mensaje presidencial con que se inició el proyecto que dio origen a la Ley N° 19.829, se reconoce que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, bajo cuyo amparo se adoptó la Convención, tiene como objetivos construir economías estables, promover la economía de mercado, ex-

pandir el libre comercio y contribuir al desarrollo de los países industrializados y de aquellos en camino de alcanzar dicha meta.⁹²

Pues bien, si éste es el bien jurídico que se busca proteger con la nueva figura delictiva, cabe preguntarse por qué se incluyó ésta dentro del párrafo 9 del Título V del Libro II del Código Penal, donde se contemplan delitos que atentan contra el recto funcionamiento de la Administración Pública. A nuestro juicio, las razones que explican este proceder son tres: en primer lugar, la propia Convención denomina cohecho a la conducta que pretende sea tipificada como delito, en circunstancias que el epígrafe del mencionado párrafo 9, precisamente, se llama así. En segundo término, el nuevo art. 250 bis A del Código Penal utiliza una redacción muy parecida a la de los restantes arúculos del párrafo y, en tercer lugar, el art. 3.1 de la Convención señala que las sanciones para el nuevo delito deben ser comparables a las aplicadas al cohecho a funcionarios públicos de cada Estado parte. Sin embargo, creemos que ninguna de estas razones tiene mérito suficiente para justificar el proceder del legislador. Pensamos, atendida la radical diferencia entre el bien jurídico protegido por el delito de cohecho y el que se quiere cautelar con la nueva figura delictiva, que habría sido preferible la incorporación de ésta en un nuevo título que se hubiera creado para tal efecto. Así procedió, por ejemplo, el legislador en España, al añadir al Libro II del Código Penal de dicho país, en enero del año 2000, un nuevo título, el XIX bis, denominado "De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales", con un único artículo, el 445 bis,⁹³ que tipificó un delito similar al nuestro.

⁹² Cfr. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, Legislatura 345ª, Extraordinaria, sesión 16ª, martes 13 de noviembre de 2001, p. 51. No se nos podría replicar que nuestra posición es susceptible de la misma crítica que en el texto hacemos para quienes pretenden ver en el recto funcionamiento de las Administraciones Públicas extranjeras o de las organizaciones públicas internacionales el bien jurídico protegido por este nuevo delito. Ello, porque el desarrollo económico de los países —incluido Chile—, de alguna manera contribuye a la realización material de los integrantes de la comunidad nacional.

⁹³ Art. 445 bis del Código Penal español: "Los que, con dolo, presen, ofrecimientos o promesas, corrompen o intentan corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atenderen a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la

⁹⁰ Cfr. POLJTOFF/MATUS/RAMÍREZ: *Leciones de Derecho Penal chileno*, PE, ob. cit., p. 484.

⁹¹ "...Considerando que el cohecho es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluido el comercio y las inversiones, que da origen a serias complicaciones de carácter moral y político, mina el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales...."

Las conductas que, alternativamente, prevé el tipo penal del art. 250 bis A son las siguientes:

- a) *ofrecer dar* a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, *para que realice una acción o incurra en una omisión* con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales;
- b) *ofrecer dar* a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, *por haber realizado una acción o haber incurrido en una omisión* con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales;
- c) *consentir en dar* a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, *para que realice una acción o incurra en una omisión* con miras a la obtención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, y
- d) *consentir en dar* a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, *por haber realizado una acción o haber incurrido en una omisión* con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales.

En las dos primeras hipótesis (ofrecer dar) es el particular quien toma la iniciativa, en tanto que en las dos últimas (consentir en dar) lo hace el funcionario público extranjero.

En lo que respecta al beneficio o ventaja que el particular debe tener, necesariamente, carácter económico. La Convención, con mayor amplitud, exige en su art. 1.1 la adopción de las medidas necesarias para tipificar como delito el ofrecimiento, promesa u otorgamiento a un funcionario público extranjero de cualquier ventaja pecuniaria o de otra índole (por ejemplo, de naturaleza sexual). El legislador prefirió restringir el ámbito de los beneficios sólo a aquellos de tinte económico, quizás para que la nueva disposición

realización de actividades económicas internacionales, sean castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos.

guardara armonía con el resto de los artículos del párrafo, en los que se exige que el beneficio tenga carácter pecuniario. En consecuencia, se ha cumplido sólo parcialmente la obligación contrada por el Estado al suscribir esta Convención.

Tanto por razones lógicas, como por su ubicación sistemática, e incluso por motivos de texto positivo, resulta excluida la sanción de este nuevo delito a título de culpa. En efecto, por un lado, es imposible concebir una conducta consistente en ofrecer dar o consentir en dar, que sea ejecutada por imprudencia o negligencia. Por otro, al estar ubicado dentro del título de los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, no procede su castigo por comisión culposa. Por último, la expresión "con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja" de que se vale el tipo, excluye toda posibilidad de comisión culposa. Luego, sólo cabe su realización con dolo, el cual, según nuestra opinión, debe ser directo, porque la expresada frase resulta incompatible con el dolo eventual. Esta expresión, además, constituye un elemento subjetivo del tipo, que debe concurrir al margen del dolo, para colmar todas las exigencias subjetivas.⁹⁴

El cohecho a funcionario público extranjero en el ámbito de transacciones comerciales internacionales es un delito de mera actividad. Ello, porque aparte de la conducta (ofrecer dar o consentir en dar), el tipo no exige ningún resultado material espacio-temporalmente separado de aquella. Desde este punto de vista, el nuevo tipo penal guarda armonía con la regulación que el delito de cohecho tuvo a partir de la Ley N° 19.645. No cabe apreciar, entonces, la figura del delito frustrado. En lo que respecta a la tentativa, son aplicables aquí las mismas apreciaciones que hicimos en relación con el delito de cohecho propiamente tal.

Desde otro punto de vista, es éste un delito de sujeto indiferente, como lo demuestra el hecho de que el art. 250 bis A no exige en el sujeto activo la concurrencia de ninguna circunstancia

⁹⁴ Así lo consideraron los profesores Antonio Bascurián Rodríguez y Francisco Maldonado Fuentes, cuyas opiniones —junto con las del profesor Rodrigo Medina Jara— fueron tomadas en cuenta por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado durante la tramitación del proyecto que dio origen a la Ley N° 19.829. Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, Legislatura 347ª, Ordenanza, sesión 25ª, martes 3 de septiembre de 2002, p. 2626.

especial. Por lo que respecta a la persona a quien el sujeto activo debe ofrecer dar o consentir en dar un beneficio económico, ha de tratarse de un funcionario público extranjero, entendido éste en los términos utilizados por la definición del art. 250 bis B, que recoge, con leves cambios, la del art. 1.4 letra a) de la Convención. De la definición legal llama la atención el hecho de que comprenda no sólo a personas que tengan un cargo o función pública en un país extranjero, sino también a los funcionarios o agentes de una organización pública internacional, como, por ejemplo, los funcionarios de la Organización Mundial de Comercio, del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional, de la Organización Internacional del Trabajo, de la Organización Mundial de la Salud, etc.

Durante la tramitación legislativa del proyecto de ley, se planteó la posibilidad de incorporar esta definición en el art. 260 del Código Penal, a continuación de la fórmula definitoria de empleado público contenida en esta disposición.⁹⁵ Sin embargo, esta idea fue desechada, porque se estimó mejor darle la ubicación que actualmente tiene, atendido que el único caso en que se emplea la expresión "funcionario público extranjero" es, precisamente, el contemplado en el art. 250 bis A.

La sanción penal depende de cuál es la concreta conducta realizada, de entre las que, alternativamente, contemplan ambos incisos del art. 250 bis A. Así, para quien *ofrece dar* a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice o por haber realizado una acción o para que incurra o por haber incurrido en una omisión, con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, se prevén las penas de *reclusión menor en sus grados mínimo a media*, multa del tanto al duplo del provecho ofrecido e inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados. En cambio, para quien *consiente en dar* a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice o por haber realizado una acción o para que incurra o por haber incurrido en una

omisión, con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, se contemplan las penas de *reclusión menor en su grado mínimo*, además de las penas de multa e inhabilitación señaladas. Como puede apreciarse, la diferencia entre ambas hipótesis está en la cuantía de la pena privativa de libertad a imponer, de reclusión menor en sus grados mínimo a medio en la primera, y de reclusión menor en su grado mínimo en la segunda.

La razón de ser de esta distinta forma de castigar las conductas descritas está en el diferente grado de reproche que se estima que poseen. No tienen la misma gravedad el comportamiento consistente en ofrecer beneficios económicos a un funcionario para que éste se aparte del cumplimiento de sus deberes, y el actuar que se traduce sólo en consentir en dar al funcionario público el beneficio económico que éste ha pedido, cediendo ante su presión.⁹⁶

⁹⁵ Así lo expusieron los abogados de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, Francisco Maldonado Fuentes y Fernando Londoño Martínez, ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, frente a una consulta del Diputado Juan Bustos Ramírez acerca de la razón de la diferencia de penalidad entre ambas situaciones. Cfr. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 11ª, martes 2 de julio de 2002, p. 133. Esta consideración fue también tenida en cuenta para modificar la penalidad en el delito de cohecho activo, sustituyendo la redacción del art. 250 del Código Penal.

En España, esta idea ha sido recogida por el legislador, como se desprende del art. 423 del Código Penal de dicho país, al cual se remite, para efectos de la pena, el ya citado art. 445 bis del mismo Código, que tipifica el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Art. 423 del Código Penal español: "1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompiere o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos. 2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior". Incluso, se contempla en el art. 427 del mismo Código una excusa legal absoluta aplicable sólo a la modalidad del delito de cohecho activo consistente en acceder a las solicitudes de autoridades o funcionarios públicos: "Art. 427. Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos".

⁹⁶ Así lo propuso el profesor Antonio Basconán Rodríguez. Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 25ª, martes 3 de septiembre de 2002, p. 2627.

2. TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Tradicionalmente el Derecho Penal ha constituido uno de los mecanismos de que dispone el Estado para hacer frente al fenómeno de la corrupción, a través de los delitos de prevaricación, cohecho, negociaciones incompatibles, etc. Sin embargo, esta reacción penal no ha parecido suficiente para enfrentar el problema y por ello se pretende abarcar otras dimensiones del complejo fenómeno de la corrupción.

Entre ellas, cabe destacar el delito de tráfico de influencias, que ha sido incorporado en la legislación de diversos países de nuestro entorno cultural, como, por ejemplo, en España en el año 1991, en Portugal en 1998 y en Argentina en 1999. También Chile se ha unido a esta tendencia en virtud de la Ley N° 19.645, de 11 de diciembre de 1999, que incorpora el artículo 240 bis y un inciso segundo en el artículo 248 bis, disposiciones que hacen referencia al fenómeno en cuestión y por las que se responde al compromiso asumido por nuestro país al suscribir la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICG).⁹⁷

2.1. CONDUCTA TÍPICA Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Traficar consiste en una actividad de intercambio entre dos partes, cada una de las cuales resulta beneficiada directa o indirectamente. En lo que ahora interesa, el objeto central de este intercambio es una *influencia*, esto es, la posición de predominio o posición favorable que tiene una persona en relación con determinados centros de decisión,⁹⁸ que es ejercida para incidir en el proceso motivador que conduce a un funcionario a adoptar una decisión.

Pero también se suele hablar de tráfico de influencias en un sentido más amplio, que incluye los supuestos en que no se des-

⁹⁷ En la CICG se impone a los Estados la obligación de tipificar o, al menos, considerar la tipificación de ciertas conductas calificadas como corrupción, entre las que figura el tráfico de influencias.

⁹⁸ Cfr. GARCÍA ARÁN, M.: "Los delitos de tráfico de influencias en el Código Penal de 1995", en MUÑOZ CONDE (Dir.): *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1997, p. 87.

trolla esa negociación o intercambio que son propios del tráfico, sino que la conducta involucra el simple *ejercicio de influencias* de una persona sobre el funcionario habilitado para decidir de un asunto, con el objeto de determinar esa decisión.

En Derecho comparado ambas situaciones han sido modernamente incorporadas como delito en la legislación penal, en regulaciones en que normalmente el tipo central es el que recoge el segundo supuesto, esto es, la conducta del funcionario público que influye sobre otro funcionario, prevaleciéndose de alguna situación personal, funcional o jerárquica, para conseguir una resolución que le pueda generar un beneficio económico para sí o para un tercero.⁹⁹ En no pocos casos se agrega también la sanción para el particular que ejerce influencias sobre un funcionario público con idéntica finalidad¹⁰⁰ y en Alemania, incluso, se ha llegado aun más lejos en las propuestas de reforma de la legislación, al sancionar el tráfico de influencias entre privados. Junto a ellos o de modo independiente se encuentran también figuras que se refieren al tráfico de influencias en sentido estricto, esto es, al ofrecimiento o negociación que tiene por objeto el empleo abusivo de una posición de influencia.

Al tipificar estas conductas, lo que se pretende, en general, es evitar el ejercicio de presiones sobre la Administración para que adopte determinadas decisiones que resulten económicamente beneficiosas para el interesado.¹⁰¹ Sea que exista un ofrecimiento y negociación para llegar a ejercer presión, sea que se la ejerza directamente. Como en los demás delitos de funcionarios, el bien jurídico protegido puede definirse en este caso como el *correcto funcionamiento de la Administración Pública*, esto es, la función de prestación a los ciudadanos y el cumplimiento de los criterios objetivos correspondientes a los fines del Estado social y democrático de Derecho. En particular, ello se concreta en los principios de *objetiv-*

⁹⁹ Más o menos de este tenor es el art. 428 del Código Penal español de 1995, y del art. 432-11 de su similar en Francia.

¹⁰⁰ Ello se puede verificar a través de un tipo paralelo al del funcionario —en España, el art. 429, y en Francia los arts. 433-1 y 433-2—, o por medio de un único tipo penal de tráfico de influencias de sujeto indiferenciado —así el art. 256 bis del Código Penal argentino—.

¹⁰¹ Para el caso de conductas que se producen entre particulares, lo que se pretende proteger es la igualdad, la buena fe en los negocios jurídicos y la libre competencia.

vidad, imparcialidad y eficacia que informan la actuación de las Administraciones Públicas.¹⁰² Para constituir un ilícito penal no basta, por tanto, con el mero ejercicio de algún modo de presión sobre la Administración Pública, presión que en ocasiones incluso puede ser ejercida de manera abierta y por cauces institucionales —como ocurre con el derecho a huelga— y por tanto resulta integrada en el sistema.¹⁰³ Sino que lo que se quiere evitar, en el fondo, es que la Administración llegue a ser sustituida o reducida a un simple mecanismo de confrontación entre diversos intereses socioeconómicos, desviándose de su función de servicio al interés general, y existiendo además la posibilidad de que se produzca un enriquecimiento espurio e injusto de quienes participan en ella.

Cabe precisar, eso sí, que en el delito de tráfico de influencias no se pretende cautelar el contenido concreto de una decisión, como sucede en los delitos de prevaricación, sino el *procedimiento* por el que se llega a ella, en cuanto no resulta admisible introducir en la motivación del funcionario decisor aspectos ajenos a los intereses públicos, que deben ser los únicos ingredientes de su análisis.¹⁰⁴

2.2. REGULACIÓN CHILENA

La forma de regulación que se ha adoptado en nuestro país tiene ciertas peculiaridades que la alejan bastante de otros modelos. Por como la legislación chilena no contempla el tráfico de influencias como un delito autónomo, sino que éste se configura únicamente como una modalidad especial de realización de los delitos de ne-

¹⁰² En este sentido, BERNARDO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: "Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias", en ORTIZ BEREÑGUER (Dir.): *Delitos de los funcionarios públicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 201-209; CUCAT CONDE, F.: "Los nuevos delitos de tráfico de influencias", ob. cit., p. 103, y MUNOZ INFORMACIONES y uso indebido de información privilegiada", Apéndice a *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991. En la doctrina chilena, VERA VEGA: *El delito de tráfico de influencias*, ob. cit., pp. 88-89.

¹⁰³ GARCÍA ARÁN: "Los delitos de tráfico de influencias...", ob. cit., p. 88. ¹⁰⁴ "La exclusión de factores subjetivos garantiza las condiciones personales necesarias para la satisfacción de los intereses generales objetivizados en la ley y en definitiva, pues, del principio de igualdad, que está en la raíz de la definición de influencia de aquellos", CUCAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, ob. cit., p. 104 (lo destacado es del original).

gociaciones incompatibles (art. 240 bis) y cohecho (art. 248 bis, inc. 2º). En el fondo, se trata de figuras que permiten sancionar una negociación incompatible o un cohecho cuando las estrictas estructuras de imputación del Derecho Penal impiden hacerlo. Esto es, cuando el funcionario no reúne los requisitos exigidos al sujeto activo en los respectivos delitos especiales —no es el funcionario encargado de intervenir en la operación en la que se interesa o no es quien debe realizar u omitir el acto de que se trata—, pero se interesa en un determinado contrato u operación y pretende obtener una decisión favorable ejerciendo influencia sobre quien debe decidir, o bien solicita o acepta un beneficio económico para ejercer influencia sobre el funcionario llamado a adoptar la decisión. Conductas que en ciertos casos, y a pesar de revestir un desvalor semejante a las demás, no pueden ser sancionadas directamente a través de las figuras tradicionales.

En el caso del cohecho, en realidad, el ejercicio de influencias puede considerarse constitutivo de una infracción a los deberes del funcionario, y entonces la conducta podría ser incluida en el tipo de cohecho del art. 248 bis inc. 1º. Pero la incorporación de un inciso segundo refrendo específicamente al *tráfico de influencias* establece una mayor pena para quien solicita o acepta recibir un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, cuando esa infracción consiste, precisamente, en ejercer una influencia sobre otro empleado público con el fin de obtener una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado. Ello, por el mayor potencial dañino y corruptor que estos comportamientos llevan consigo.

Al constituirse como modalidades de las figuras delictivas mencionadas, no cabe duda de que el bien jurídico protegido es el mismo que se protege en los respectivos delitos de negociaciones incompatibles y cohecho: la imparcialidad y objetividad en la función pública con la finalidad político-criminal de evitar la desviación del interés general hacia fines particulares.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Cfr., para el caso español, CUCAT MAURI: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, ob. cit., pp. 104 y ss.; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA: "Del tráfico de influencias", en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 1269, y MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 977.

2.3. VALORACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

Volvamos a lo que, en términos generales y amplios, se entiende por *tráfico de influencias*, para enjuiciar su configuración delictiva desde el punto de vista de su legitimidad y conveniencia política criminal. Para ello es necesario establecer si la incriminación de estas conductas cumple con los requisitos mínimos de merecimiento y necesidad de pena y si el Derecho Penal es capaz de brindar la función de protección que, en principio, tiene asignada.¹⁰⁶

En primer lugar y simplificando enormemente el planteamiento, puede decirse que la corrupción, en sus diversas manifestaciones, constituye un grave problema de la sociedad moderna que debe ser afrontado con seriedad y rigor. Como fenómeno general y desde un punto de vista abstracto, por ende, representa un peligro que merecería tutela penal. Sin embargo, dentro de la dinámica y funcionamiento del Derecho Penal, que se enfrenta con situaciones concretas para imputar a cada sujeto su conducta particular, la gravedad de cada uno de los comportamientos de corrupción por tráfico de influencias no siempre alcanza una entidad suficiente como para configurar un desvalor *penal*. Se plantea aquí la problemática de los *delitos de acumulación*, esto es, de aquellos delitos en que la conducta individual, por sí sola, no es lesiva o peligrosa para el bien jurídico –al menos no en una medida relevante–, pero existe la posibilidad cierta de que dicha conducta se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos acabe lesionando el bien jurídico. La suma de todos esos comportamientos puede hacer, entonces, que el problema alcance dimensiones alarmantes y que no parezca sólo justificado, sino absolutamente imperioso el recurso a los medios de intervención más severos de que dispone el Estado.¹⁰⁷ No es el momento de detenemos en la consideración de esta problemática, pero baste con advertir que en tales casos la reac-

ción penal resultará siempre desproporcionada respecto del supuesto concreto que se sancione y que, por ende, será ilegítima.¹⁰⁸

Ahora bien, la gravedad global del problema de la corrupción ha sido estimada motivo suficiente por muchos legisladores para justificar la tipificación del tráfico de influencias, apoyados además por la aparente incapacidad de otros mecanismos de control social para prevenir estas conductas. Con todo, este segundo aspecto, el de la necesidad de pena, tampoco parece absolutamente concluyente para legitimar una intervención penal en estos ámbitos. En efecto, en los diversos países en que se ha incorporado a la legislación penal el tipo de tráfico de influencias, la doctrina se ha cuestionado precisamente la necesidad de crear una figura especial para sancionar estas conductas y, en general, se muestra bastante escéptica sobre su verdadera capacidad para prevenir las conductas que se pretenden evitar.¹⁰⁹ Incluso se cuestiona que exista verdadera voluntad política para erradicar estas formas de comportamiento,¹¹⁰ en tanto que la formulación de estos tipos legales respondería a un Derecho Penal meramente simbólico, que no pretende ser realmente aplicado.

Por el contrario, son otros los mecanismos que, aplicados a la misma función, pueden llegar a constituir medios más idóneos y eficaces para combatir el tráfico de influencias intentando, fundamentalmente, eliminar sus cauces. Como afirma BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “para atacar las raíces profundas de los comportamientos que se quieren evitar, hay que acudir al empleo de otros instrumentos distintos del Derecho Penal, como puede ser la normativa de incompatibilidades, una eficaz inspección o el control

¹⁰⁶ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 132-135.

¹⁰⁷ En general, para el caso español, vid. DÍAZ Y GARCÍA COMLEDO, M.: “El delito de tráfico de influencias”, en ASUA BATARRITA (ed.): *Delitos contra la Administración Pública*, IAP, Bilbao, 1997, p. 177; GARCÍA ARÁN: “Los delitos de tráfico de influencias...”, ob. cit., pp. 89-90, y SUÁREZ MONTES, R.: “Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias”, en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 1091. En particular sobre el tema de la justificación de la necesidad de regulación autónoma del delito de tráfico de influencias, CUGAT MAURI: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, pp. 131-166.

¹⁰⁸ Así BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: “Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias”, ob. cit., p. 205, y SUÁREZ MONTES: “Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias...”, ob. cit., p. 1091.

¹⁰⁶ En detalle sobre el tema, OSSANDÓN WIDOW, M.: “Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias”, ob. cit., pp. 161-180.

¹⁰⁷ La punición de los delitos de acumulación ha sido respaldada por importantes penalistas, como por ejemplo, KUHN EN, L.: “Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en *ZStW*, 1993, pp. 715-716, afirma que se trata de “realizar una contribución a la solución de grandes problemas mediante la prohibición bajo amenaza de sanción de acciones, que más bien prestan pequeñas contribuciones a la constitución de estos problemas” (p. 720).