



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

**PROBLEMAS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE COHECHO A
FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

INTEGRANTES:

Loreto Méndez Muñoz

Pamela Torres Bustamante

PROFESOR GUÍA: VIVIAN BULLEMORE GALLARDO

Santiago, Chile

2011

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I	
EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DELITO DE COHECHO.....	9
1.1. Génesis del delito de cohecho.....	10
1.2. Primera modificación al delito de cohecho: Ley N° 19.645, que modifica las disposiciones del Código Penal que sancionan delitos de corrupción.....	14
1.3. Segunda modificación al delito de cohecho: Ley N° 19.829 que modifica el Código Penal respecto del delito de cohecho.....	24
1.4. Tercera modificación al delito de cohecho: Historia de la Ley N° 20.341 introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la administración pública.....	31
1.5. Complementación del delito de cohecho: Historia de la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.....	38
CAPÍTULO II	
CONVENCIÓN DE LA OCDE PARA COMBATIR EL SOBORNO TRANSNACIONAL Y LA INCLUSIÓN DEL NUEVO TIPO PENAL DE COHECHO A FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.....	41
2.1. Origen de la Convención de la OCDE, objetivos y aspectos generales.....	42
2.1.1. Antecedentes de la Convención.....	42
2.1.2. Consideraciones generales de la Convención.....	45

2.2. Elementos del delito de cohecho a funcionario público extranjero establecido por la Convención.....	52
2.3. El tipo penal de soborno transnacional en Chile a la luz de la Convención de la OCDE.....	59
2.3.1. Cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Convención y contraídas por Chile.....	59
2.3.2. Comparación entre el delito de Cohecho transnacional establecido en la Convención y el regulado por el Código Penal Chileno.....	63

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES DEL DELITO DE COHECHO.....	69
3.1. Concepto de cohecho.....	69
3.2. Sujeto activo: el funcionario público.....	71
3.3. Naturaleza unilateral o bilateral del delito de cohecho.....	73
3.4. Clasificación del delito de cohecho.....	75
3.4.1. Cohecho pasivo y activo.....	75
3.4.2. Cohecho pasivo propio.....	77
3.4.3. Cohecho pasivo propio agravado.....	83
3.4.4. Cohecho pasivo impropio.....	88
3.4.5. Cohecho activo o soborno.....	92
3.4.6. Figura privilegiada de cohecho del particular.....	95
3.4.7. Cohecho a funcionario público extranjero o soborno internacional.....	97

CAPÍTULO IV

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE COHECHO Y FUNDAMENTO DE SU TUTELA PENAL.....	102
4.1. El bien jurídico protegido en los delitos funcionarios.....	102
4.2. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. Discusión sobre la unidad o diversidad de bienes jurídicos protegidos.....	109

4.3. La infracción del deber y los delitos funcionarios: su influencia en el delito de cohecho.....	118
4.3.1. Consideraciones generales sobre la Teoría de infracción del deber.....	119
4.3.2. Consecuencias en la participación delictiva.....	125
4.3.3. El delito de cohecho como delito de infracción de deber.....	129
4.3.4. Posturas en contra de la concepción de los delitos contra la función pública como delitos de infracción de deber.....	132

CAPÍTULO V

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE COHECHO A FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO: UNA PROBLEMÁTICA MODERNA.....	134
--	-----

5.1. El delito de cohecho a funcionario público extranjero como delito de infracción de deber.....	134
--	-----

5.1. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho a funcionario público extranjero y fundamentación de su tutela penal.....	138
---	-----

Conclusiones.....	150
-------------------	-----

Bibliografía.....	160
-------------------	-----

INTRODUCCIÓN

Vivimos en un mundo globalizado. Las relaciones comerciales traspasan las fronteras e incrementan su número día a día. Por esta razón, los organismos públicos de todas las naciones han debido intervenir, en mayor o menor medida, en los procesos comerciales, con el objeto de disminuir los riesgos propios derivados estas relaciones –entre tales riesgos encontramos conductas que pueden ser sancionadas según el Derecho Penal-.

A través de las nuevas tecnologías y el avance de la comunicación, los particulares realizan transacciones internacionales casi instantáneamente, y en virtud de ello, la participación de organismos públicos en las mismas ya sea como partes o bien en ejercicio de sus facultades de fiscalización, aparece masivamente como parte de un fenómeno de modernización del desarrollo económico mundial.

Producto de este fenómeno, encontramos un sinnúmero de instrumentos legales internacionales, tales como tratados, convenciones e instrumentos de cooperación en materia comercial internacional; y no sólo eso, sino que también la creación de organismos internacionales dedicados a la cooperación en materia económica, tales como la OCDE.

Dentro del ámbito de las transacciones internacionales, la lealtad, confianza, buena fe y cooperación son principios rectores, los que muchas veces se pueden ver afectados por malas prácticas, ya sea de los mismos particulares, o de los organismos estatales que actúan como parte o aún más, como fiscalizadores.

Dentro de estas hipótesis encontramos los casos de cohecho a funcionario público extranjero. A decir verdad, la necesidad del establecimiento de este delito nace

precisamente del fenómeno de la globalización, el avance de la tecnología y la inmediatez de las relaciones comerciales internacionales.

Todos los días, los particulares se relacionan en este ámbito, y puede resultar que con miras a la obtención de un beneficio indebido o bien al apresuramiento de estos negocios, deseen “acortar el camino”, a través del quebrantamiento de ciertos principios y la concreción de actos que van en contra de la buena fe y costumbre mercantil. Una manera de hacerlo puede ser solicitar al funcionario público que tiene a cargo la fiscalización de un negocio o bien una decisión que permita la consecución del mismo, para realizar u omitir un acto indebido o propio de su cargo respectivamente. Generalmente, la motivación para éste será un beneficio económico, y lo que antes se consideraba sólo una mala práctica, hoy a través del trabajo normativo tanto a nivel nacional e internacional, y más específicamente con la Convención de la OCDE, se considera un delito: el de cohecho a funcionario público extranjero.

Ahora, ¿Cómo llegamos al establecimiento del tipo penal al que nos referimos?, ¿cómo se fundamenta su tutela penal?, ¿cuál es el bien jurídico protegido por este delito?

Para empezar a dar respuesta a estas preguntas y otras, es necesario analizar en primer lugar, el delito de cohecho en la legislación nacional, su evolución normativa y su tratamiento en la doctrina; entendiéndolo en su génesis como delito de configuración bilateral, lo que quiere decir que supone la participación de dos personas, que son igualmente responsables por el acto delictual. Luego de casi un siglo de evolución social y jurídica, cambió la concepción de éste y se configuró como un delito unilateral, sancionando por un lado la conducta del empleado público que pide una coima, aunque su petición no sea aceptada, y por otro, la conducta del particular que la ofrece, aunque su oferta sea rechazada por el funcionario. Actualmente se ha perfeccionado su regulación, aumentando las penas para los particulares, equiparándolas respecto de las aplicadas a los funcionarios, sin dejar de mencionar la

incorporación de nuevos artículos influenciados por la incorporación de Chile a la OCDE.

Además, debemos decir que a pesar de que el delito de cohecho es de antigua data y se encuentra tipificado en casi todos los códigos penales del mundo, su tratamiento doctrinario ha sido muy escaso; partiendo por la determinación de su naturaleza –como ya se mencionó en la evolución normativa-. La doctrina se encuentra dividida; algunos autores se inclinan por afirmar que el delito de cohecho es un delito bilateral, ya que para su comisión se requiere la concurrencia de dos personas -el funcionario y el particular-, mientras que otra parte de la doctrina afirma que se trataría de un delito bilateral, toda vez que para la configuración del tipo bastaría sólo la solicitud de un beneficio por el funcionario público al particular, o por el contrario, el ofrecimiento de un beneficio por parte del particular al funcionario público.

Otro de los temas en análisis, tiene que ver con la clasificación de este delito. En un principio, la clasificación entre cohecho pasivo y activo parecía dar pautas para su interpretación, sin embargo, con la aparición de distintas modificaciones en su estructura, esto no fue suficiente, ya que, como podremos ver en este trabajo, no todas las hipótesis de cohecho pasivo corresponden a la tradicional afirmación de que éste se trataría sólo del ofrecimiento o entrega a un funcionario público de un beneficio por parte de un particular, para la realización de un acto propio de su cargo o con infracción de deberes del mismo. Respecto a esto último, algunos autores han dicho, con ánimo de superar esta clasificación, que sería más adecuado hablar de cohecho del funcionario público, en contraposición al cohecho del particular.

En el mismo ámbito de la clasificación de este delito, encontramos también diferencias en lo que los distintos autores entienden por cohecho pasivo propio e impropio. Por ejemplo, en España, se ha entendido que el cohecho impropio tiene que ver con la hipótesis en que un particular ofrece o entrega un beneficio a un funcionario público para realizar un acto propio de su cargo, mientras que la denominación de

cohecho propio, se identifica más bien con aquella hipótesis que consiste en la entrega o beneficio por parte de un particular a un funcionario público para la comisión de un delito funcionario. En Chile, la situación se contempla de manera distinta, ya que los autores entienden que la hipótesis de cohecho propio, tiene que ver con el ofrecimiento o solicitud de un beneficio por parte del particular o funcionario respectivamente, para la realización de un acto propio del cargo del funcionario, mientras que identifican al cohecho impropio como la solicitud u ofrecimiento de un beneficio, a cambio de la comisión de un delito ministerial.

Todos los temas mencionados anteriormente, son abordados en el Capítulo tercero de este trabajo.

Otro de los aspectos a analizar, tiene que ver con el bien jurídico protegido en el delito de cohecho, materia principal de este trabajo, el cual no ha sido tratado a fondo por la doctrina. No obstante, encontramos interesantes discusiones en torno a este tema. Una de ellas tiene que ver con la pluralidad de bienes jurídicos protegidos por el delito de cohecho, teoría que afirma que serían múltiples los objetos de protección, en el caso del cohecho pasivo sería la fidelidad que el funcionario debe a la Administración y la confianza que deposita el Estado y la sociedad sobre la figura del funcionario, entre otros; mientras que en el caso del cohecho activo, el bien jurídico protegido sería la dignidad del Estado y el prestigio social de los entes públicos. Por otro lado, se encuentra la postura que afirma que el bien jurídico protegido por el delito de cohecho sería uno sólo, criticando a la teoría contraria a partir de sus propios fundamentos. Así desde esta última postura, nace otra discusión, que radica en la determinación de este bien jurídico protegido y en la fundamentación de su tutela penal.

Paralelamente a las posturas que discuten sobre del bien jurídico protegido por el delito en comento, se presenta una teoría que está fuertemente relacionada con esta investigación, es la referida a los delitos de infracción del deber, acuñada por el

penalista Claus Roxin en el año 1963. Esta Teoría considera a los delitos funcionarios –en los que se incluye al cohecho- como delitos de infracción del deber¹, agrupación que se contrapone a los conocidos delitos de dominio del hecho. La piedra angular de esta Teoría es la transgresión de una obligación especialmente adquirida por un sujeto, quien la obtuvo de su íntima relación con un órgano o institución. Este obligado especial se considerará autor en todas las hipótesis de delito en que intervenga, sin importar cual sea su grado de participación en los hechos. De esto se desprende que el bien jurídico protegido en los delitos de infracción del deber –en los delitos funcionarios, específicamente- sería el amparado por la institución que otorgó la obligación.

Como se manifiesta en lo antes señalado, existen varias posturas en torno al tema del bien jurídico protegido, por lo mismo, el objeto de protección puede tener varias denominaciones -según los distintos autores y posturas-, de las que se destacan: el principio de imparcialidad, los deberes del cargo del funcionario, la confianza en el correcto funcionamiento de la Administración, la no comerciabilidad de la Administración, y el correcto funcionamiento de la Administración Pública, entre otras. Todas estas discusiones, o al menos, gran parte de ellas, incumben por extensión al delito de cohecho a funcionario público extranjero, en cuanto no se puede dilucidar en efecto cual es el bien jurídico protegido por el delito de cohecho, menos aun podremos entender cual podría sindicarse como el objeto de protección en el establecimiento de este delito en particular.

¹ Según nuestra interpretación.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DELITO DE COHECHO

El delito de cohecho es un delito que ha sufrido muy pocas modificaciones desde su tipificación hasta el día de hoy. Este comentario es en referencia a las pocas oportunidades en que se ha discutido a nivel legislativo sobre el tema, no así respecto la calidad de la discusión, pues, comparativamente, el delito de cohecho actual es diametralmente distinto a lo sancionado en el Código Penal original de 1874.

Nuestro Código Penal tuvo una influencia muy marcada de su referente Español, así también del Belga², esto en razón a las instrucciones dadas por el Ministro de Justicia de la época a la Comisión Redactora, que no constaba de miembros muy renombrados en el ámbito jurídico penal, pero que sin embargo, lograron una obra que ha perdurado en el tiempo, a pesar de los varios intentos por reformularla. En palabras de don Manuel de Rivacoba “con el interés que había en él, con la reposada gestación que tuvo, el Código Penal chileno nació para perdurar. Bien recibido, no fue objeto de grandes críticas hasta transcurrido medio siglo, como efecto tardío de la concepción positivista, que para entonces ya había empezado a ceder en Europa”³.

La importancia de señalar la procedencia del nuestro Código, tiene relación con la inspiración que tuvo la Comisión Redactora para la elaboración del delito que estamos revisando, que de la lectura de los cuatro artículos que componían originalmente el párrafo relativo al cohecho, se manifiesta claramente la influencia española, en especial, en la utilización de los términos dádiva o promesa de dádiva, la clasificación entre cohecho pasivo propio, cohecho pasivo impropio y cohecho activo o

² “...la influencia casi única y constante fue el Código Español de 1848. Para ser específico, respecto de la distribución de los títulos es efectivo la inspiración belga en nuestro Código, mas, en lo relativo a la redacción de los tipos, predomina casi literalmente el Código de España.” RIVACOBBA, Manuel. “Evolución Histórica del Derecho Penal Chileno”. Valparaíso. Editorial Edeval, 1991. p. 47.

³ *Ibidem.* p. 59

soborno –distinción que se explicará más adelante- y en la consideración de la multa estimada según el valor de la dádiva junto con la inhabilitación para el ejercicio del cargo como sanciones a este delito⁴. No deja de ser interesante que, a pesar de que en España se haya considerado el presidio como sanción al delito de cohecho, en Chile solo se haya penado con multa a quienes incurrieren en estas prácticas⁵.

1.1. GÉNESIS DEL DELITO DE COHECHO

Al igual que en el sistema español, el cohecho, desde la perspectiva del legislador, sigue la doctrina clásica y ve a este delito como una figura bilateral⁶ o plurisubjetiva, lo que quiere decir que supone la participación de dos personas, que son igualmente responsables por el acto delictual, y específicamente en el caso del cohecho pasivo, “considera el cohecho como un solo delito y castiga al sobornante

⁴ A nuestro parecer, los Artículos que regula el cohecho en el Código Penal Español que inspiran nuestra legislación con el artículo 396, que señala: “El funcionario público que recibiere por sí ó por persona intermedia dádiva ó presente, ó aceptare ofrecimiento ó promesas para ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo, que constituya delito, será castigado con las penas de presidio correccional en su grado mínimo al medio y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido por la dádiva ó promesa, si lo hubiere ejecutado”; también el artículo 397, que se refiere al cohecho en los siguientes términos: “El funcionario público que recibiere por sí ó por persona intermedia dádiva ó presente, ó aceptare ofrecimiento ó promesa por ejecutar un acto injusto, relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito, y que lo ejecutare, incurrirá en la pena de presidio correccional en su grado mínimo y medio y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva; si el acto injusto no llegare a ejecutarse, se impondrán las penas de arresto mayor en su grado máximo a presidio correccional en su grado mínimo y multa del tanto al duplo del valor de la dádiva”; y por último el Artículo 402 “Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieran a los funcionarios públicos, serán castigados con las mismas penas que los empleados sobornados, menos la inhabilitación”. Sin perjuicio de que en los demás numerales se considere la sanción de la inhabilitación. En HIDALGO García, Juan Antonio. “Código Penal Español conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo”. Madrid. s.n. 1908. Tomo II. (el subrayado es nuestro).

⁵ Esta inquietud fue analizada en algunas ocasiones, con motivo de los intentos por modificar el Código Penal. Así Pedro Silva y Gustavo Labatut, penalistas encargados de la redacción del proyecto de reformulación de 1937, consideraron como sanción el presidio en los casos de cohecho activo, como también el cohecho pasivo, además de la multa y la inhabilitación. LABATUT, Gustavo y Silva, Pedro. “Proyecto de Código Penal, redactado en cumplimiento del decreto supremo N° 2696”. Santiago. 1938. Pp. 74-75.

⁶ A diferencia de las exacciones ilegales, en donde hay un culpable (el funcionario), y la víctima (el particular). ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal: parte especial”. Tercera edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1998. Tomo IV.

como cómplice”⁷. A pesar de que es así como lo ha tratado el código, hay autores que sostienen que dicha bilateralidad podría equivaler en ciertos casos a la impunidad de las conductas de los funcionarios públicos, como también, sancionar la conducta de los copartícipes de la misma manera, cuando en los hechos, las conductas difieren en su gravedad⁸. A pesar de esta crítica, podemos ver que en el primer intento de regular el cohecho se hizo una distinción entre el acto delictual del particular y el acto delictual del funcionario; y respecto de este último, distingue al funcionario que actúa, previa dádiva o promesa de ésta, en cumplimiento a los deberes del cargo, o que realiza un crimen o simple delito contemplado en el título V.

Así, originalmente el Código Penal contemplaba cuatro artículos. El primero de ellos correspondía al llamado cohecho pasivo impropio en los siguientes términos:

Art. 248. El empleado público que por dádiva o promesa cometiere alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este título, además de las penas señaladas para ellos, incurrirá en las de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa de la mitad al tanto de la dádiva o promesa aceptada. (Lo subrayado es nuestro).

De este artículo es importante señalar, en primer lugar, que el legislador quiso sancionar al funcionario público que, utilizando la investidura de empleado del Estado –indiferentemente de la manera en que haya obtenido el puesto, o ya sea formal o informalmente funcionario público- cometiere un crimen o simple delito de los que se encuentran especialmente tipificados en el Título V, correspondientes a los delitos cometidos por empleados públicos –siendo éstos un tipo especial de sujeto activo-. Esto implica a su vez una pena compuesta, “como sanción por el desvalor delictivo adicional que significa la corrupción”⁹, correspondiendo sancionar al funcionario por el crimen o simple delito cometido, además de multa y la inhabilitación que considera el

⁷ LABATUT Glenda, Gustavo. “Derecho Penal, parte especial”. Sexta edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1977. p. 100.

⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal: parte especial”. ob. cit. p. 252.

⁹ Ibídem. p. 255.

cohecho. Hay que hacer hincapié en el hecho que el funcionario debe efectivamente haber cometido el delito¹⁰ por el cual se debe una dádiva o se promete ésta, cabría entonces las figuras de la tentativa y la frustración¹¹.

Respecto del cohecho pasivo propio, se reguló de la manera en que a continuación se expone:

Art. 249. El empleado público que por dádiva o promesa ejecutare un acto obligatorio propio de su cargo, no sujeto a remuneración, será penado con una multa de la mitad al tanto de la dádiva o promesa aceptada.

En la misma multa sola o acompañada de la inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio, incurrirá el empleado que omitiere por dádiva o promesa un acto debido propio del cargo. (Lo subrayado es nuestro).

En este caso, la sanción se considera en dos aspectos, por un lado, la ejecución del acto debido propio del cargo, y por el otro, la omisión de un acto que es propio del desempeño del funcionario. Esta última conducta pareciera ser más grave que el pago por la realización de un acto que de todas maneras el funcionario en cumplimiento de sus obligaciones concretaría. La gravedad tiene relación con que administrativamente es incorrecto, pero solo a nivel administrativo, no así a nivel penal¹², de lo contrario, nos encontraríamos en el supuesto regulado por el artículo 248.

Como se trata de un empleado en el cumplimiento –u omisión- de actos propios de su cargo, a la Comisión Redactora del Código Penal le pareció pertinente dejar expresamente en actas que no podrían considerarse dádivas en este caso, ni las

¹⁰ La importancia de resaltar la acción del sujeto activo del delito es en razón a que en las posteriores modificaciones del delito en discusión, este aspecto variará rotundamente.

¹¹ETCHEBERRY, Alfredo “Derecho Penal: parte especial”. ob. cit. p. 254.

¹² Ídem.

remuneraciones que pudiera recibir el empleado que aumenta su trabajo ordinario o realiza actos a los que no está obligado –sesión 52-, como tampoco los regalos presentados al funcionario por razón de su oficio –sesión 154-¹³.

Por último, en esta revisión del cohecho en el Código Penal de 1874, cabe citar el artículo que regula el cohecho activo, también llamado soborno:

Art. 250. El sobornante será castigado con las penas correspondientes a los cómplices en los casos respectivos, excepto las de inhabilitación y suspensión.

Cuando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge, de algún ascendiente o descendiente legítimo por consanguinidad o afinidad, de un colateral legítimo sanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive o de un padre o hijo natural o ilegítimo reconocido, sólo se impondrá al sobornante una multa igual a la dádiva o promesa.

Aquí, nuestro Código “se apartó de los principios generales en materia de participación”¹⁴, y quiso sancionar al sobornante con la pena que le correspondería al cómplice de los delitos cometidos por el funcionario público según los artículos 248 y 249. Pareciera que el legislador no quiso profundizar en la penalidad del sujeto activo de este delito, puesto que la norma no tiene ningún efecto práctico como lo menciona el profesor Etcheberry, e inclusive, impide que se sancione con las penas de inhabilitación –que en algunos casos puede ser aplicable a particulares- y suspensión lo que podría resultar en impunidad para el sobornante¹⁵.

Si bien es cierto, la redacción original del delito de cohecho tiende a ser básica y somera, pareciere que dice relación con la época de su tipificación –segundo mitad

¹³ LABATUT Glenda, Gustavo. “Derecho Penal: parte especial”. ob. cit. p. 101.

¹⁴ ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal: parte especial”. ob. cit. p. 257.

¹⁵ *Ibidem*. p. 258

del siglo XIX-, cuando Chile era una Nación recientemente constituida, y que daba sus primeros pasos en materia de codificación. No deja de ser verdad que las necesidades del país en dicha etapa no requerían de una detallada regulación de la corrupción, cuando el número de funcionarios era mínimo en comparación con el cuerpo administrativo actual. Por ese motivo es que nuestros legisladores esperaron casi 130 años para reemplazar lo que entendemos por cohecho, porque es ahora cuando la influencia de los actos administrativos han tomado relevancia nacional, e incluso, el tema ha sido considerado por los altas esferas internacionales, dada las repercusiones a nivel global de los actos público realizados a nivel local.

1.2. PRIMERA MODIFICACIÓN AL DELITO DE COHECHO: LEY N° 19.645, QUE MODIFICA LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL QUE SANCIONAN DELITOS DE CORRUPCIÓN

Como se mencionó previamente, la sociedad chilena del siglo XIX era muy distinta a la contemporánea, las preocupaciones ciudadanas de esa época distan mucho de las actuales¹⁶, y las fuerzas políticas no pudieron ignorarlas. Por lo mismo, la agenda legislativa consideró de prioridad el tema de la corrupción, con el afán de no dejar vacíos normativos que dieran cabida a malas prácticas, y entendiendo la importancia de dar una imagen país donde las instituciones funcionaran privilegiando la probidad y la transparencia de sus actos. De las propias palabras de los parlamentarios se puede extraer esta conclusión, cuando en la Moción para modificar los delitos relativos a la corrupción afirmaron que “Diversas disposiciones del Código Penal

¹⁶ “La corrupción en el ámbito de las funciones públicas presenta un alto grado de impacto, no sólo porque conduce a una frustración de las expectativas de los ciudadanos, quienes esperan que los funcionarios públicos se desempeñe con probidad en el ejercicio de sus cargos, sino también porque posee una gran capacidad para socavar las bases del sistema político imperante”. OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de Cohecho”. Revista de Estudios de la Justicia. Chile. N° 5. 2004. Pp. 83-115.

Así, en las discusiones legislativas en torno a la corrupción y la necesidad de especializar su regulación, se concuerda con nuestra aseveración diciendo que “La experiencia extranjera ha demostrado que, con el desarrollo de los sistemas sociales, aparecen nuevas formas de corrupción, cada vez más difíciles de detectar, combatir y perseguir. Los países que padecen estos fenómenos de corrupción sufren situaciones de inestabilidad política, anomia, enriquecimiento ilícito, desmoralización de la sociedad, aumento del crimen organizado, etc.”. Ley N° 19.465. CHILE. Modifica disposiciones del código penal que sanciona delitos de corrupción. Sesión 14°, martes 6 de julio de 1999. Cámara de Diputados. p. 19.

sancionan a los empleados públicos que incurren en conductas contrarias a la probidad, constitutivas de lo que genéricamente se denomina corrupción”. Y agregan, “Las referidas disposiciones, dictadas hace más de cien años, en circunstancias históricas muy diferentes a las de hoy, han dejado de ser adecuadas y suficientes para enfrentar las actuales formas y niveles de corrupción”¹⁷.

Según la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, las ideas que inspiraron el cambio en esta materia fueron por una parte la de prevenir y reprimir la corrupción, mediante la sanción de las conductas contrarias a la probidad de la administración; y por otro lado, establecer un mecanismo de defensa de los funcionarios públicos probos y honestos, e impedir la formulación de denuncias irresponsables sobre la comisión de actos calificados de corruptos por parte de terceros¹⁸. Una crítica que pudiere hacerse a estas ideas directrices que son la base de la modificación legal, es que ignoran al ámbito privado, donde también se generan situaciones de corruptibilidad, pero que sin embargo, se dejan de lado en pos de una regulación más acabada en el ámbito de lo público.

Hay que contextualizar como antecedente de esta reforma la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996¹⁹. Además se estudiaba en el Congreso el proyecto sobre probidad administrativa, lo que denota la preocupación que existía en el ambiente político por estos temas. Sin embargo, hay quienes sostienen que no hubo un tratamiento prolijo, y señalan “creemos que la coordinación del tratamiento legislativo del proyecto sobre probidad

¹⁷ Ley N° 19.465. CHILE. Modifica disposiciones del Código Penal que sanciona delitos de corrupción. Moción de los diputados Sres. Allamand, Barrueto, Bombal, Cornejo, Chadwick, Espina, Longton, Ribera, Urrutia (don Raúl) y Viera-Gallo. Valparaíso. Sesión 10°, martes 12 de abril de 1994. p. 1

¹⁸ Cuando la discusión se retomó a comienzos del año 1998, se consideraron como los objetivos de este proyecto de ley, por un lado, la modificación del Código Penal, con el objeto de perfeccionar la descripción y las sanciones de los delitos que atentan contra la probidad de los empleados públicos; y por otro lado, la incorporación de nuevas figuras delictivas que refuercen la protección de ese bien jurídico. Ley N° 19.465. CHILE. Modifica disposiciones del código penal que sanciona delitos de corrupción. Sesión 33°, martes 27 de enero de 1998. Cámara del Senado. p. 3770

¹⁹ Convención que fue aprobada por el Congreso Nacional en Septiembre de 1998 y promulgada por Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 1879, del 29 de octubre de 1998, que se publicó en el Diario Oficial el 2 de febrero de 1999.

administrativa con el que se tradujo en la Ley N° 19.645 hubiera creado una total y completa compenetración de ambas normativas, de modo tal de poder encontrar en su historia fidedigna conjunta sobre el real y efectivo alcance de las normas que en ellas se contienen”²⁰.

Sobre la Ley N° 19.645 y específicamente el delito de cohecho, la pretensión fue la de cambiar la concepción del cohecho que regía hasta ese entonces en nuestro país. La finalidad de su modificación era “...terminar con el carácter de bilateral del delito, esto es, no puede mantenerse como requisito del mismo el que se produzca concurso de voluntades...”²¹, era inconcebible entonces la mantención de la doctrina clásica. Al mismo tiempo, se consideró que debía “...sancionarse como delito de cohecho tanto la conducta del empleado público que pide una coima, aunque su petición no sea aceptada, como la del particular que la ofrece, aunque su oferta sea rechazada por el funcionario”²².

A modo introductorio de los cambios que introdujo esta ley, podemos decir que el gran aporte que realizó esta modificación legal respecto del delito de cohecho²³ fue sancionar la sola solicitud, aceptación u ofrecimiento de un beneficio económico a cambio de la realización o abstención de un acto, ya sea propio de un funcionario público como en infracción de sus deberes, “adelantando así el castigo penal a la simple declaración de infidelidad al ordenamiento por un móvil abyecto (el beneficio económico)”²⁴. En opinión de cierta parte de la doctrina se señaló que “de este modo, la impaciencia del legislador, propia de estos tiempos, ha transformado los delitos de

²⁰ TREJO Carmona, Luis. “El delito de cohecho: Estudio sistemático y dogmático de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.645”. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso. Chile. Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2001. p.76.

²¹ Ley N° 19.465. CHILE. Modifica disposiciones del código penal que sanciona delitos de corrupción. Moción... Pp. 3-4

²² Ídem.

²³No podemos dejar de mencionar, de modo anecdótico, que este proyecto introduce por primera vez el delito de uso indebido de información privilegiada como un acto que afecta la probidad y, por lo tanto, sancionándolo en el Código Penal.

²⁴ POLITOFF, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2003. Volumen 2.

cohecho en delitos de peligro²⁵, atrofiados en dos actos, donde el elemento subjetivo es cofundante de la antijuridicidad²⁶.

El primer gran cambio generado por la nueva regulación del cohecho fue ordenar sus figuras típicas, comenzando por el cohecho pasivo propio –ahora en el artículo 248-, considerado menos grave por el hecho de la solicitud o aceptación de la realización de un acto que es propio de las funciones del cargo; continuando con la incorporación del artículo 248 bis, que sanciona la remuneración por acto u omisión ilícita, llamado cohecho pasivo propio agravado; y finalmente el artículo 249 –antiguo artículo 248- que contempla el caso de mayor gravedad, cual es la remuneración por comisión de un delito. El artículo 250 continua regulando el soborno o cohecho activo, pero se desprende el inciso segundo que crea el artículo 250 bis. Por último, el artículo 251 trata sobre el decomiso de los bienes recibidos por el funcionario público en forma más prolija que en su redacción original. El resto de las variaciones que experimentó el cohecho se verá a continuación artículo por artículo.

El artículo 248²⁷, que originalmente correspondería en contenido al artículo 249, como anteriormente se señaló, varió de ubicación con el objeto de organizar el delito

²⁵ “En los delitos de peligro la ley se coloca en la hipótesis de la ejecución de un hecho que pone en riesgo o inseguridad esos mismos bienes jurídicos que castiga la potencia dañosa de la actuación como delito consumado, al igual que el daño real. Esto quiere decir que el delito está perfecto desde el primer momento y que el efectivo menoscabo del bien jurídico, sobrevenido con posterioridad, no tiene trascendencia para la punición, salvo que se tipifique expresamente”. COUSIÑO Mac Iver, Luis. “Derecho Penal Chileno, Parte General”. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1975. Tomo I. Entonces, en el caso del cohecho activo –por ejemplo-, de llevar a cabo el particular una conducta de esta naturaleza, se estaría poniendo en peligro la posición imparcial que debe presidir la adopción de cualquier decisión pública, más aún si, por tratarse de un delito de participación necesaria, al menos las conductas de ambos sujetos resultan imprescindibles para que se produzca la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados. Morales Prats, Fermín. “Delitos contra la administración pública y contra los intereses patrimoniales del Estado”. Citado por Trejo Carmona, Luis. “El delito de cohecho: Estudio sistemático y dogmático...” ob. cit. p. 43.

²⁶ POLITOFF, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. ob. cit. p. 502

²⁷ Art. 248. El empleado público que solicitar o aceptar recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con

de tal manera que quedara en primer lugar el cohecho de menor gravedad. Este cambio se debió a la propuesta hecha en segundo trámite legislativo, en la Cámara de Senadores, puesto que en un principio, la Moción contemplaba el mismo orden en que se ubicaba en la redacción original.

Como se trata del cohecho en su forma más rudimentaria, que en doctrina se ha denominado cohecho pasivo propio, sanciona la sola solicitud o aceptación de un beneficio económico por la realización de un acto que es propio del ejercicio del cargo, pero que no requiere ser remunerado. La sanción será independiente de si efectivamente el beneficio prometido o solicitado haya sido efectivamente recibido por el empleado público. Se entiende entonces que nos encontramos ante dos hipótesis de cohecho pasivo propio, la primera de estas, se solicita o acepta un beneficio económico por un acto de realización futura; la segunda sería pues, la solicitud o aceptación de un beneficio económico como recompensa de un acto ya realizado.

Como consecuencia de ello según parte de la doctrina, nos encontramos ante un delito formal, “que no puede admitir etapas previas de desarrollo (de hecho, se castiga ahora como delito lo que antes era sólo una proposición o conspiración para el cohecho, impune)”²⁸.

Un punto discutido dentro del estudio de este artículo fue en relación con lo que se entendió por beneficio económico, término que vino a remplazar a la “dádiva” o “promesa” utilizados en el antiguo artículo 249. En un comienzo, la Moción parlamentaria había considerado que la coima solicitada, aceptada u recibida fuese “dinero u otros bienes, o cualquier ventaja o cosa apetecible, aunque no tenga significación económica”, lo que fue mínimamente modificado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados que eliminó la

suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados. (Lo subrayado es nuestro)

²⁸ POLITOFF, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. ob. cit. p. 503.

expresión “cosa apetecible” dado que interpretativamente restringía la expresión “cualquier ventaja”. Luego, cuando el proyecto pasó a manos de la Cámara del Senado, ésta no estuvo de acuerdo con que la coima fuese tan amplia y prefirió sancionar el cohecho en sentido estricto, es decir “la transacción con valor pecuniario para el funcionario, asumiendo así que es un delito de lucro ilícito para el funcionario con cargo a una contraprestación otorgada en ejercicio de la función pública. Consecuentemente, lo que se solicita, acepta o recibe es un beneficio económico, sea para sí o para un tercero”²⁹. Así la discusión quedó zanjada, y quedó como texto definitivo recibir mayores derechos o un beneficio económico³⁰.

Por último, al ser el cohecho considerado de menos gravedad, la penalidad es menor, sancionándose a quienes incurran en estas prácticas con suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto del beneficio solicitado o aceptado.

Luego nos encontramos con el artículo 248 bis³¹, que fue redactado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Senadores, ya que en el proyecto original era parte del artículo que regulaba el cohecho pasivo propio. A este nuevo artículo que se introdujo al Código la doctrina lo ha denominado como cohecho pasivo propio agravado.

²⁹ Ley N° 19.465. CHILE. Modifica disposiciones del código penal que sanciona delitos de corrupción. Diario de sesiones del Senado. Sesión 14°. 1994. p. 2310

³⁰ “Lo que no se sancione al funcionario que solicite un favor de naturaleza sexual a quien tenga algún asunto que dependa de la resolución de aquél. Se le castiga, pero no a título de cohecho, sino como una forma de abuso contra particulares (Art. 258 Código Penal)”. RODRÍGUEZ Collao, Luis y Ossandón María Magdalena. “Delitos contra la función pública”. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2008. p. 333

³¹ Art. 248 bis. EL empleado público que solicitar o aceptar recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, y además, con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.

Si la infracción al deber del cargo consistiere 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, se impondrá la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente. (Lo subrayado es nuestro).

En lo regulado, pareciera que la conducta del empleado público que omitió –u omitirá– un acto debido propio de su cargo o que ejecutó –o ejecutará– un acto con infracción a los deberes de su cargo, para obtener una ventaja, resulta más grave que la hipótesis del artículo 248, en la que el empleado pretende conseguir una ventaja mediante la ejecución de un acto propio de su cargo. Esto es explicado por los profesores Rodríguez y Ossandón, cuando señala que “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. Esa es la razón por la que el legislador sanciona más severamente la primera conducta”³².

Las sanciones son más severas toda vez que el delito es de mayor gravedad, considerando por primera vez la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, complementada con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado, sanciones ya conocidas.

Finalmente, respecto de este artículo y en relación a lo mencionado sobre las sanciones, en el inciso segundo, éstas se ven aumentadas cuando el funcionario solicita o acepta el beneficio económico para ejecutar o por haber ejecutado un acto que consista en influir en otro empleado, con el fin de obtener de éste un decisión que pueda generar un provecho para el tercero sobornante. El acto ilícito cometido por el funcionario público constituye una hipótesis de tráfico de influencia, reconocido así por el legislador, pero que en doctrina es discutida su ubicación.

A continuación el legislador reguló la hipótesis del cohecho pasivo impropio³³. Respecto del verbo rector que rige este artículo hay nos remitimos a lo ya señalado

³² RODRÍGUEZ Collao, Luis y Ossandón María Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 340.

³³ Art. 249. El empleado público que solicitar o aceptar recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el Párrafo 4

anteriormente para los artículos anteriores con una sola salvedad, considera el artículo 249 solamente la hipótesis de la solicitud o se aceptación un beneficio económico para cometer un delito -de los expresamente señalados en el misma norma-, pero no se contempla la posibilidad de que el beneficio haya sido pedido o aceptado con posterioridad a la comisión del delito. Para Rodríguez y Ossandón esto es un contrasentido del legislador, puesto que resultarían más graves las conductas tipificadas en los artículos 248 y 248 bis que el comportamiento del funcionario que comete un delito y luego solicita y acepta un beneficio económico. Es más, “esta conducta resultaría impune por atípica”, y la única posibilidad de sancionarla sería considerar la comisión del delito ministerial como una infracción a los deberes del cargo, aplicando así el artículo 248 bis³⁴.

La ubicación de este tipo de cohecho por su gravedad, tiene relación al principio de adecuación social, esto puede ser explicado en los siguientes términos “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”³⁵.

Otro aspecto a resaltar respecto del artículo 249 es la ampliación de la incriminación. En un principio el antiguo artículo 248 mencionaba que incurrían en cohecho los funcionarios que cometieren alguno de los crímenes o simples delitos expresados en el Título V. Ahora se agregan además los delitos del Párrafo 4 del Título III, denominado “de los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos

del Título III, será sancionado con la pena de inhabilitación especial perpetua e inhabilitación absoluta temporal, o bien con inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triple del provecho solicitado o aceptado.

Lo establecido en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público. Si aquella pena resultare inferior a la señalada para el sobornante en el inciso segundo del artículo siguiente, se aplicará al empleado la pena establecida en esta última disposición. (Lo subrayado es nuestro).

³⁴ RODRÍGUEZ Collao, Luis y Ossandón María Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. Pp. 344-345

³⁵ Idem.

garantizados por la Constitución”. No bastaban los delitos que regularan el ejercicio del cargo de funcionario público, sino que se precisaba que se contemplaran todos los delitos que fueran propiamente delitos funcionarios.

En lo que concierne a las penas, se sancionará al funcionario que incurra en estas prácticas con la inhabilitación especial perpetua e inhabilitación absoluta temporal, o bien con inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triplo del provecho solicitado o aceptado, sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido³⁶. En razón a esto último, será necesario revisar la pena privativa de libertad que le fuere aplicable al funcionario por el delito ministerial cometido, y compararlo con lo previsto en el artículo 250 inciso segundo, puesto que si la pena por el delito ministerial es inferior a la reclusión menor en su grado medio, se le aplicará como pena mínima esta sanción -que es la contemplada en el mencionado inciso-.

En lo relativo al soborno o cohecho activo³⁷, la reforma legal le vino a dar categoría de delito autónomo respecto del cohecho pasivo. Recordemos que el tratamiento original se castigaba al sobornante como cómplice del funcionario público. Así en las discusiones legislativas, el Consejo de Defensa del Estado se declaró partidario de esta fórmula³⁸, estimando que “así se sigue la orientación de derecho

³⁶ Queda claro que si el delito ministerial no llegase a cometerse, no es posible sancionar con las penas establecidas en el inciso segundo del artículo 249, sino solo se aplicarán las establecidas para el delito de cohecho que se encuentran en el inciso primero del mismo artículo.

³⁷ Art. 250. El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en su grado medio.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será considerado inductor de acuerdo al artículo 15 N° 2. (Lo subrayado es nuestro).

³⁸ En palabras de Politoff, Matus Ramírez, y con un dejo de desaprobación a la equiparación de las categorías de autores del delito, señala que con esta modificación pasa “sobre los hombros del particular un especial deber que, por repudiable que sea su actitud, no están obligado a cumplir: la fidelidad hacia la

comparado, en cuanto se reconoce que el cohecho pasivo es un delito distinto del cohecho activo, con bienes jurídicos protegidos también distintos: el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario (cohecho pasivo), y el respecto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales (cohecho activo)”³⁹.

Lo que sanciona el soborno es el ofrecimiento o el consentimiento en dar al empleado público un beneficio económico para que incurra en las hipótesis establecidas en los artículo 248, 248 bis y 249. Se hace una distinción y se castiga más severamente el ofrecimiento que el consentir dar el beneficio, estableciendo penas más elevadas para este delito cuando “el beneficio que se ofrece o consiente en dar se relaciona con la comisión de delitos funcionarios del artículo 249, que cuando se vincula con las acciones u omisiones del artículo 248 bis, siendo la modalidad más benigna aquella en que el beneficio se refiere a las acciones del artículo 248”⁴⁰. Incluso, y tal como lo redacta el inciso tercero del artículo 249, se castiga al sobornante como inductor del delito ministerial según las reglas establecidas en el artículo 15 N° 2 de nuestro Código.

Cabe agregar que en el estudio del cohecho activo, se contempló la eliminación del antiguo inciso segundo del artículo 250 que establecía la exención de responsabilidad por parentesco. También se consideró contemplar este inciso en un artículo separado –artículo 250 A-, y además complementarlo con un artículo 250 B que contemplara el otorgamiento de una excusa legal absolutoria en los casos

administración”. POLITOFF, Sergio Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. ob. cit. p. 505.

³⁹ Ley N° 19.465. CHILE. Modifica disposiciones del código penal que sanciona delitos de corrupción. Diario de sesiones del Senado. Sesión 14°. 1994. p. 2327.

⁴⁰ RODRÍGUEZ Collao, Luis, Ossandón María Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p.348.

señalados. Nada de lo anterior ocurrió, pero esta discusión contribuyó a la redacción en el texto oficial de la ley del artículo 250 bis⁴¹ que recoge estas ideas.

La promulgación de esta modificación legal que mejoró notoriamente lo que se entendía legalmente por cohecho, pero coincidió con algunos cambios en el panorama internacional, que demostraron nuevamente el atraso a nivel normativo que teníamos en esta materia. Esto provocó la apertura de una nueva discusión sobre este delito y la dictación de la consecuente modificación legal al respecto.

1.3. SEGUNDA MODIFICACIÓN AL DELITO DE COHECHO: LEY N° 19.829, QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL RESPECTO DEL DELITO DE COHECHO

Con anterioridad se mencionó que Chile había adquirido compromisos internacionales, tales como la Convención Interamericana contra la Corrupción, que fue aprobada, promulgada y publicada por Chile entre los años 1998 y 1999 –datos que ya fueron precisados anteriormente- y la Convención de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico -en adelante, OCDE- para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, vigente en Chile desde enero de 2002 –la que se tratará sobre ella con mayor profundidad en el próximo capítulo-. En estas convenciones se discutía sobre el fenómeno de la corrupción a nivel internacional, lo que había sido ignorado por nuestros legisladores en la primera modificación al delito de cohecho.

Por lo mismo, en cumplimiento a los pactos internacionales adheridos por el país, era menester provocar un nuevo cambio que significara la incorporación de este

⁴¹ Art. 250 bis. En los casos en que el delito previsto en el artículo anterior tuviere por objeto la realización u omisión de una actuación de las señaladas en los artículos 248 o 248 bis que mediare una causa criminal a favor del procesado, y fuere cometido por su cónyuge, por alguno de sus ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, por un colateral consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive, o por persona ligada a él por adopción, sólo se impondrá al responsable la multa que corresponda conforme las disposiciones antes mencionadas.

nuevo concepto internacional de cohecho, y además, perfeccionar la figura del cohecho activo. Se dicta entonces la Ley N° 19.829, que modifica el Código Penal respecto del delito de Cohecho, promulgada en septiembre de 2002 y publicada en el Diario Oficial con fecha 8 de Octubre de 2002.

En el Mensaje Presidencial que inició el proyecto de Ley, se señalaba que en observancia a las obligaciones contraídas por Chile al adherir a la Convención de la OCDE se requiere adoptar las medidas necesarias para, en primer lugar, tipificar el delito de cohecho a funcionario público extranjero, así como la complicidad, tentativa y confabulación en la comisión del referido delito, haciéndose indispensable que se incorpore conjuntamente una definición de funcionario público extranjero. Y en segundo lugar, realizar modificaciones al artículo 250 que regula el cohecho activo, en pos de un tratamiento más coherente y equitativo del cohecho en general.

Se extrae entonces que las ideas que orientan este proyecto son las siguientes: Por un lado, “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”⁴². La intención que hay detrás de esta adecuación es, según las palabras del Diputado informante don Jorge Burgos “...que exista simetría en los países firmantes de la convención, de tal suerte que nadie pueda buscar refugio en otros países para inhibirse de la sanción penal que se le aplica al cohecho, sea activo o pasivo”⁴³. Por otro lado, “perfeccionar la figura penal del cohecho activo en la legislación interna”⁴⁴. Finalmente concluye “los fundamentos de las figuras descritas no radican en la necesidad de proteger la probidad pública comprometido, sino en la conveniencia de fortalecer la represión de

⁴² Ley N° 19.829. CHILE. Modifica el Código Penal respecto del delito de Cohecho. Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. Legislatura 345°, extraordinaria, Sesión 16°. Martes 13 de noviembre de 2001. p. 51.

⁴³ Ley N° 19.829. CHILE. Modifica el Código Penal respecto del delito de Cohecho. Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. Sesión 12°. Martes 3 de julio de 2002. p. 11.

⁴⁴ Ídem.

actos de corrupción ejecutables desde nuestro país. Ello define nuestra imagen internacional...⁴⁵ (el subrayado es nuestro.)

Para llevar a cabo dichas ideas se incorporaron dos nuevos artículos al párrafo 9 que contempla el cohecho, el artículo 250 bis A –que regularía el delito de cohecho a funcionario público extranjero en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales- y el artículo 250 bis B –que define lo que se entiende por funcionario público extranjero-. Asimismo, para perfeccionar el cohecho activo se modificó el inciso segundo del artículo 249 y se reemplazó el artículo 250.

Respecto del artículo 249⁴⁶, la intención fue darle claridad al precepto en lo relativo a la determinación de la pena aplicable. En el artículo establecido por la Ley N° 19.645 era necesario examinar la pena privativa de libertad dispuesta en el inciso segundo del artículo 250, en cambio, con la nueva redacción del inciso segundo queda expresamente establecido que “la pena del funcionario que comete un delito ministerial asociado a un cohecho pasivo impropio, sin perjuicio de la pena correspondiente a este último delito, no puede ser inferior a reclusión menor en su grado medio”. Se genera pues, una regla de determinación del marco legal abstracto de la pena, en donde el juez para sancionar debe comenzar con este marco penal legal que tenga un grado mínimo prefijado, determinando la pena además con la aplicación de las reglas y principios generales⁴⁷.

⁴⁵Ley N° 19.829. CHILE. Modifica el Código Penal respecto del delito de Cohecho. Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. ob. cit. p. 13

⁴⁶ Art. 249. El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el Párrafo 4 del Título III, será sancionado con la pena de inhabilitación especial perpetua e inhabilitación absoluta temporal, o bien con inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triple del provecho solicitado o aceptado.

Lo establecido en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público, la que no será inferior, en todo caso, a la reclusión menor en su grado medio. (Lo subrayado es nuestro).

⁴⁷ OLIVER, Guillermo. “Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley N° 19.829 de 1999)”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 30 N° 1. 2003. Pp. 39-53.

El que si sufrió variaciones fue el artículo 250⁴⁸, que ve modificaciones en todos sus incisos, siempre con la intención de darle coherencia al cohecho activo respecto de las regulaciones internacionales relativas a éste.

El primero de estos cambios, incorpora la frase “en provecho de este o de un tercero”. En consecuencia, se castiga por cohecho activo al sobornante cuando el beneficio económico es en provecho de él, como también cuando este beneficio va dirigido a un tercero. Esta modificación fue considerada aun aclaratoria, más bien inútil, puesto que se podría interpretar de las hipótesis de cohecho pasivo que el beneficio económico podría ser también dirigido a un tercero. Sin embargo, la postura contraria, a la que se acoge el profesor Oliver⁴⁹, señala que tanto en el cohecho pasivo como en el activo deben darse todos los elementos que fundan la responsabilidad penal, uno de los cuales es la tipicidad de la conducta, y explica que si un particular ofreciere o consistiere en dar un beneficio económico a favor de un tercero, no habría soborno, puesto que no se han satisfecho la exigencia de tipicidad de su comportamiento.

Luego, el inciso segundo del artículo en comento establece distintas cuantías en la pena privativa de libertad dependiendo de si el particular ofrece un beneficio económico o consiente en darlo, distinción que con anterioridad a esta reforma no se realizaba, y sancionándose al sobornante indistintamente si el ofrecía la coima o se la solicitaba el funcionario público.

⁴⁸ Art. 250. El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de este o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido. En estos casos, el sobornante no podrá ser sancionado, adicionalmente, por la responsabilidad que le hubiere cabido en el crimen o simple delito cometido por el funcionario. (Lo subrayado es nuestro).

⁴⁹ OLIVER, Guillermo. “Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho”. ob. cit. p. 49.

Para entender la penalidad aplicable en la actualidad hay que distinguir entonces entre el beneficio económico ofrecido y el consentido por el particular, y a su vez diferenciar entre el cohecho del artículo 248 bis y el regulado en el artículo 249. En el caso de ofrecimiento de beneficio económico por la realización de las acciones u omisiones contempladas en el artículo 248 bis la pena es la de reclusión menor en sus grados mínimos a medio, y si el beneficio es a cambio de la realización de algún crimen o simple delito de los contemplados en el artículo 249 la pena será de reclusión menor en su grado medio. Por otro lado, en el caso de que sea el particular el que consienta en otorgar un beneficio económico solicitado por un funcionario público, si este último incurre en las conductas reguladas por el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado con las penas de preclusión menor en su grados mínimo; en cambio, si comete alguno de los delitos ministeriales considerados en el artículo 249 la sanción será la reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Respecto de esto, el profesor Oliver concluye que “resulta más grave ofrecer un beneficio económico que solo consentir en darlo al funcionario público que lo ha pedido...” y continua diciendo además que “es más reprochable el soborno cuando lo que se pretende es la comisión, por parte del empleado, de un delito ministerial, que cuando se busca la omisión, por parte del mismo, de un acto debido propio de su cargo o la ejecución de un acto con infracción a los deberes del cargo”⁵⁰.

En relación también con las penas establecidas en el artículo 250, se puede agregar que con esta modificación se logró dar un tratamiento más justo respecto del sobornante que ofrecía o consentía en dar un beneficio económico para la comisión del cohecho contemplado en el artículo 248 bis, pues en la reforma de la Ley N° 19.645 sancionaba al particular con más dureza que al funcionario que ejecutaba u omitía con infracción a los deberes de su cargo.

Por último, en el inciso tercero del artículo 250 establecido por la Ley N° 19.645, se consideraba al sobornante como inductor de los delitos ministeriales dispuestos en

⁵⁰ OLIVER, Guillermo. “Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho”. ob. cit. p. 50.

el artículo 249. Con los cambios incorporados en la Ley N° 19.829, no podrá ser sancionado, adicionalmente, por la responsabilidad que le hubiere cabido en el crimen o simple delito cometido por el funcionario.

Como ya se señaló en la introducción de este párrafo, la motivación de esta reforma legal venía antecedida por la adhesión a convenciones internacionales que trataban el tema del cohecho a nivel global, específicamente la Convención de la OCDE⁵¹ por lo mismo, se contempló desde los inicios del proyecto de Ley la incorporación de dos artículos –agregados en el mismo párrafo del cohecho- que regularan este nuevo tipo penal.

Se creó en primer lugar el artículo 250 bis A⁵² que sanciona el delito de cohecho a funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. En este nuevo delito nos encontramos ante cuatro hipótesis de cohecho activo; por un lado, las de ofrecimientos de beneficio económico al funcionario público extranjero, por una acción u omisión realizada o realizable que otorgue una ventaja en al particular en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales. Por el otro lado, las hipótesis de consentimiento en dar un beneficio, con el mismo objetivo ya mencionado.

⁵¹ El delito de cohecho a funcionario público extranjero fue regulado en la Convención de la siguiente forma:

Art. 1.1. “Cada parte adoptará las medidas necesarias para tipificar como delito punible conforme a la ley el hecho de que cualquier persona intencionalmente ofrezca, prometa u otorgue cualquier ventaja pecuniaria o de otra índole –sea en forma directa o a través de intermediarios- a un funcionario público extranjero, en beneficio de este o de un tercero, a fin de que tal funcionario público, en el ejercicio de sus deberes oficiales, actúe o se abstenga de actuar y con ello obtenga o mantenga cualquier negocio u otra ventaja indebida, en la realización de transacciones internacionales”.

⁵² 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 incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de las 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”.

Los alcances que podrían realizarse a este artículo serían, en primer lugar, la falta de identidad del sobornante, por lo cual se podría decir que la nacionalidad del sujeto activo de este delito es indiferente y tienen a armonizar con el párrafo donde se encuentra regulado. En un segundo lugar, podría decirse que también con este fin armonizador, el legislador limitó los beneficios que se pudieren ofrecer o consentir sólo a aquellos de carácter económico, a diferencia de lo establecido en la misma Convención que habla de ventaja pecuniaria o de otra índole.

Hay que señalar también que este delito se encuentra en armonía con las modificaciones legales anteriores en razón a que este nuevo tipo es un delito de mera actividad, porque solo se requiere la conducta de sobornante sin necesidad de algún resultado.

En complementación con este delito de cohecho a funcionario público internacional, el legislador consideró indispensable definir lo que se debía entender como funcionario público extranjero, e inspirado en la definición que a su vez establece la Convención de la OCDE⁵³, agregó el artículo 250 bis B⁵⁴.

Sin embargo los esfuerzos legislativos hechos para la primera modificación del Código a la luz de la Convención de la OCDE, no pareció ser suficiente para el grupo de trabajo sobre cohecho de dicha organización, que monitoreaba la aplicación del mencionado instrumento. Para cumplir con las obligaciones adquiridas por Chile, las

⁵³ Art. 1.4. “Para los fines de esta Convención:

a. Funcionario público extranjero significa toda persona que detente un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país, haya sido nombrada o elegida; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluyendo para un organismo público o empresa de servicio público; y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”

⁵⁴ 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 inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

normas relativas a este delito debían sufrir una nueva variación, que fuera acorde con lo expuesto en la Convención.

1.4. TERCERA MODIFICACIÓN AL DELITO DE COHECHO: HISTORIA DE LA LEY N° 20.341, INTRODUCE MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL, EN LA REGULACIÓN DE CIERTOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A raíz de la ratificación del Convenio de la OCDE, Chile incorporó a su Código Penal dos nuevos artículos, 250 bis A y 250 bis B, que sancionan el delito de cohecho a funcionario público extranjero. Desde la perspectiva de la organización estos nuevos artículos no cumplían suficientemente con el mandato establecido en la Convención. Debía perfeccionarse la regulación de este delito, aumentar las penas y darle una redacción casi textual a lo preceptuado en el Convenio.

Las intenciones de Chile de formar parte de los países líderes reunidos en la OCDE generó entonces esta nueva inquietud legislativa presentándose una moción parlamentaria con fecha 16 de enero de 2008. Esta iniciativa contemplaba reformular la penalidad de ciertos delitos contra la función pública, incluyendo el delito de cohecho. Pero aprovechando la oportunidad, el 16 de junio del mismo año el Ejecutivo de la época presentó una indicación sustitutiva total a este proyecto, incorporándose a esta reforma legal las intenciones de modificación impulsada por los agentes de la OCDE.

Finalmente los objetivos del proyecto según el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento son “De acuerdo con la moción que le dio inicio, el proyecto persigue reformar la penalidad de ciertos delitos contra la función pública y agruparlos no en razón del sujeto activo, que es el criterio que hoy sigue el Código Penal, sino sistematizando su tratamiento en función del bien jurídico protegido. Sin embargo, al aprobar la Cámara de Diputados una indicación sustitutiva total planteada por el Ejecutivo, se adicionan nuevas normas, con la finalidad de adecuar

nuestra legislación a observaciones y sugerencias planteadas por al OCDE, consagrando en términos más precisos algunas disposiciones para que resulten coherentes con la Convención...”⁵⁵.

Hay que precisar que las reformas incorporadas por esta Ley no solamente son al Código Penal, también contempla una modificación al Código Orgánico de Tribunales para los efectos que a continuación se comentarán.

El primer cambio incorporado en lo que respecta a este estudio dice relación con los artículos 248 y con el inciso primero del artículo 248 bis. Originalmente, las modificaciones eran respecto de dos aspectos: el primero, se agregaba a la expresión “beneficio económico” la frase “o de otra naturaleza”, esto, en consideración a que una de las observaciones que planteó la OCDE fue que el beneficio no siempre era de tipo económico, en consecuencia, había que aplicar este criterio a las hipótesis de cohecho. No obstante, y como comentó en su momento el Senador Alberto Espina “la noción de beneficio no económico que se pretende introducir está fuera de nuestra tradición jurídica penal y linda con una ley penal en blanco...”⁵⁶, lo que provocó que la intención de modificar dicho aspecto no se llevó a cabo en ninguno de los preceptos en lo que se contempló implementarlo.

El segundo aspecto de reformulación decía relación con el endurecimiento de las penas. Finalmente, fue el único motivo de modificación para los artículos en comento, cuya redacción vigente es la siguiente:

Art. 248. El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un

⁵⁵ Ley N° 20.341. CHILE. Introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamentos de la Cámara del Senado. Cuenta en Sesión 84, legislatura N° 356. 13 de enero de 2009. p. 58.

⁵⁶ Ley N° 20.341. CHILE. Introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamentos de la Cámara del Senado. ob. cit. p. 62.

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, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados. (El Subrayado es nuestro).

Art. 248 bis. El empleado público que solicitare o aceptare 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 por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, y además, con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.

Si la infracción al deber del cargo consistiere 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, se impondrá la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente. (El subrayado es nuestro).

Cabe agregar que en principio también se consideró modificar en los mismos tópicos anteriores el inciso primero del artículo 249, empero, la Cámara de Senadores siguiendo con el criterio anterior, no contempló para este artículo la ampliación al beneficio no económico que pudiera recibir el funcionario público.

Respecto del artículo 250, la Ley considera tres enmiendas, la primera de ellas, pretende incluir una figura de cohecho agravado para el particular que incurre en la conducta del artículo 248, que se materializa en la inserción de un nuevo inciso –que pasaría a ser el inciso segundo-. Luego, en segundo lugar, se pretende incrementar la

sanción del antiguo inciso segundo, fijando en ese caso un nuevo mínimo. Y por último, se reemplaza la oración final del inciso tercero, que pasa a ser el cuarto, en donde se le aplica al sobornante la pena que le cupiere en el delito ministerial. Con estas variaciones el artículo queda redactado de la siguiente manera:

Art. 250. El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de este o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.

Tratándose del beneficio ofrecido en relación con las acciones u omisiones del artículo 248, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en su grado mínimo.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido. En estos casos, el sobornante le correspondiere una pena superior por el crimen o simple delito de que se trate, se estará a esta última. (Lo subrayado es nuestro).

En lo relativo a los artículos que sancionan el cohecho a funcionario público extranjero, se hicieron las siguientes precisiones.

Sin perjuicio que en un comienzo estos artículos sufrían modificaciones concernientes a su contenido, bajo en análisis realizado por la Cámara de Senadores, las variaciones también debían darse en el aspecto formal. Así lo expresa el Informe de la Comisión de Constitución al decir que “aunque todos los delitos de cohecho tiene como denominador común la corrupción, el bien jurídico protegido en los tipo que penan la conducta de un funcionario público extranjero por actos ejecutados en el ejercicio de su cargo son las transacciones comerciales internacionales y no la Administración Pública, que es protegida en la tipificación de los delitos de funcionarios públicos chilenos”⁵⁷. La indicación del Ejecutivo a este respecto fue la creación de un nuevo párrafo a continuación al del cohecho –denominado párrafo 9 bis- para así separar el cohecho de funcionarios nacionales del cometido a funcionario público extranjero. Este párrafo debía ser ubicado a continuación del artículo 251 que trata sobre el decomiso de los bienes dados al funcionario público.

Era menester entonces derogar los artículo 250 bis A y 250 bis B, para que su contenido fuera correlativo con el nuevo orden que se le estaba dando al Código, asignándose ahora como los artículos 251 bis y 251 ter.

Hay que agregar que en su aspecto sustantivo, el nuevo artículo 251 bis siguió los lineamientos de la Convención que lo inspiró, insertando como verbos rectores además del de ofrecer, el de prometer o dar. Se incorporó el complemento del beneficio no económico, además se endurecieron las penas privativas de libertad⁵⁸, como se verá a continuación:

⁵⁷ *Ibidem*. p. 69.

⁵⁸ No dejan de ser interesantes los comentarios hechos al artículo en mención por el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia en el informe de la Comisión de Constitución del Senado que señala “el nuevo artículo 250 bis A propuesto tiene dos peculiaridades... En primer lugar, el tipo exige que haya una relación causal entre el beneficio económico o de otra naturaleza ofrecido o percibido por el funcionario público extranjero y la ventaja que obtiene el que ofrece, da o promete el beneficio. En segundo lugar, el nuevo tipo sanciona sólo la obtención de ventajas que sean indebidas, porque parte de la base de que la legislación de los distintos países puede contemplar ventajas debidas, lícitas o legales, caso en el cual no hay delito”. *Ibidem*. p. 70.

Art. 251 bis. El que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio económico o de otra naturaleza, 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 indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y, además, con la de multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis.

Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica la multa será de cien mil unidades tributarias mensuales. De igual forma será castigado el que ofreciere, prometiére o diere el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.

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

Art. 251 ter. 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 una empresa pública. También se entenderá que enviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

Respecto de recién citado artículo, cabe precisar que el único cambio generado en su contenido fue el de sustituir la expresión “empresa de servicio público” por la expresión “empresa pública”, ya que en la Convención se entendió que esta última expresión trataba de cualquier empresa sobre la cual uno o más gobiernos pueden ejercer directa o indirectamente su dominio, entendiéndose en un sentido más amplio.

En el segundo artículo de la Ley N° 20.341 se pretendió realizar una modificación al Código Orgánico de Tribunales en el sentido de agregar al numeral segundo del artículo sexto de dicho Código –que trata sobre los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República de Chile que son sometidos a la jurisdicción chilena- un inciso segundo que contemplara el delito de cohecho de funcionario público extranjero. Esto lleva a concluir que, la jurisdicción de los tribunales nacionales en caso que parte de la ejecución del cohecho a funcionario público extranjero acaezca en Chile, emana de los artículos 5 y 157 del mencionado cuerpo legal, y respecto del cohecho a funcionario público extranjero, cuando este sea cometido por un chileno o por un residente habitual en Chile, se aplicará la excepción al principio de territorialidad contemplado en el nuevo inciso segundo del numeral 2 del artículo 6 del Código en comento.

A pesar de todas las modificaciones que a la fecha se habían hecho al Código Penal en cumplimiento con los compromisos que Chile había adquirido a nivel internacional, no consideraron por completo las sugerencias dadas por la OCDE. Esto se desprende en los mensajes presidenciales de los proyectos de la Ley N° 19.829 y Ley N° 20.341, es más, se señaló en su oportunidad que “Para poder cumplir adecuadamente con las obligaciones que tiene Chile derivadas de la adhesión a tal Convención, es necesario revisar dos temas esenciales, a saber: la incorporación de un nuevo tipo penal destinado a sancionar el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, y el establecimiento de sanciones a las personas jurídicas que intervienen en tal ilícito penal”⁵⁹ (El subrayado es nuestro). En consecuencia, quedaba un tema pendiente.

⁵⁹ Ley N° 19.829. CHILE. Modifica el Código Penal respecto del delito de Cohecho. Mensaje de S.E. el Presidente de la República. Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. ob. cit. p. 51.

1.5. COMPLEMENTACIÓN DEL DELITO DE COHECHO: HISTORIA DE LA LEY N° 20.393, QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y DELITOS DE COHECHO QUE INDICA

Los cambios legislativos en materia de cohecho no se hicieron esperar. Fue en marzo de 2009 cuando se presenta por medio de mensaje Presidencial la última enmienda que se hacía al delito de cohecho. Lo cierto es que no es un cambio, sino más bien una complementación a lo ya modificado, y tiene relación con lo anteriormente dicho, la creación del delito de cohecho a funcionario público extranjero –que generó una reforma del Código Penal- y la implementación de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas producto de la comisión de determinados delitos. Este mensaje dio paso a la Ley N° 20.393 que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, que fue promulgada el 25 de noviembre de 2009 y publicada el 2 de diciembre del mismo año, con una tramitación muy breve.

De lo dicho en el mensaje cabe rescatar ciertos pasajes que declaran expresamente que la intención del legislador no es era perfeccionar el sistema de responsabilidad ampliándolo a las personas jurídicas, sino cumplir con los requisitos impuestos por la OCDE para poder acceder a este grupo selecto de países desarrollados. Así lo expresa “El cumplimiento de las recomendaciones de la OCDE, en el marco de la Convención para combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, adquiere una especial relevancia para el proceso de acceso de Chile a dicho organismo económico internacional. En efecto, para ser admitido como miembro en la OCDE, se evalúa si Chile comparte sus valores y principios fundamentales y si existe la voluntad y capacidad de cumplir con las obligaciones legales y políticas de un miembro pleno. La completa y total implementación de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales

constituye uno de los criterios fijados por la OCDE para evaluar la voluntad y capacidad para ser miembro pleno de la misma”⁶⁰. Y continua diciendo, “En la actualidad, la OCDE solicita a los Estados Parte que establezcan la responsabilidad de las personas jurídicas como la medida más eficaz y uniforme para combatir el delito. Esta medida se encuentra pendiente de implementar en nuestro país, y constituye precisamente el objetivo del presente proyecto de ley. Al respecto, el Grupo de Trabajo de OCDE sobre Cohecho a Funcionario Público Extranjero en Transacciones Comerciales Internacionales ha expresado su preocupación porque Chile aún no ha adoptado medidas para tratar las recomendaciones de la Primera Fase, relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas. A juicio del grupo de trabajo, Chile debe modificar prontamente su normativa con el objeto de cumplir con las exigencias de la Convención”⁶¹.

La Ley en comento está compuesta por 29 artículos que establecen un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶² –se discutió con la intención de que solo fuera una reforma que tuviera como objeto sancionar a los responsables de los delitos enumerados suficientemente con penas eficaces, proporcionales y disuasivas, lo que no significaba que se regulara sobre la responsabilidad de las personas morales-. En estas normas se precisan el alcance de esa responsabilidad; identifican los sujetos sometidos a sus disposiciones; describen un modelo de prevención de delitos que podrán adoptar las empresas; establecen circunstancias que atenúan y agravan la responsabilidad; consagran las sanciones aplicables y fijan las normas para determinarlas. Los preceptos de carácter procesal de este proyecto, en lo

⁶⁰ Ley N° 20.393. CHILE. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. Mensaje de S.E. el Presidente de la República. Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. Cuenta en Sesión 06, Legislatura 357. 16 de marzo de 2009. p. 7.

⁶¹ Ley N° 20.393. CHILE. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. Mensaje de S.E. el Presidente de la República. ob. cit. p. 8.

⁶² Si bien es muy discutido el término “sistema de responsabilidad”, otros en cambio ven positivamente esta iniciativa y la consideran el comienzo del reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas. Esto se desprende de las opiniones vertidas por un gran número de catedráticos de varias ramas del Derecho, que han aportado a esta discusión su particular modo de ver esta Ley.

sustancial, regulan la investigación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y determinan el procedimiento aplicable en cada caso.

Los aspectos que son de interés para este trabajo son, por una parte, los delitos a los cuales se hace extensible la responsabilidad de las personas jurídicas, y por otro lado, los requisitos que deben cumplirse para sancionar a los entes colectivos.

Como lo señala el artículo primero de esta ley, lo que se pretende regular es la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la Ley N°19.913 –sobre lavado de activos-, en el artículo 8 de la Ley N° 18.314 –sobre financiamiento del terrorismo- y en los artículos 250 y 250 bis del Código Penal –debería referirse además al artículo 250 bis A-.

En consecuencia y aplicando esta Ley, para responsabilizar por la comisión de delito de cohecho a una persona jurídica, se deben concurrir los requisitos enumerados en el artículo tercero, estos son:

- a. La existencia de un hecho punible cometido por alguna de las personas que realicen actividades de administración de dicha persona jurídica o por una persona natural que esté bajo la dirección o supervisión de alguno de estos sujetos.
- b. Comisión del delito en interés o para el provecho de la persona jurídica.
- c. Incumplimiento, por parte de la persona jurídica, con su deber de dirección y supervisión, y que ello haya sido lo que hizo posible la comisión del delito.

Estos serían los hitos en materia legislativa relativos al cohecho. Las motivaciones de estos cambios han sido básicamente sociales e internacionales. Sin perjuicio de esto, cabe preguntarse si, independientemente de los móviles que originaron las modificaciones, éstas hayan sido hechas con buena técnica legislativa,

para que hoy en día el delito de cohecho no presente imperfecciones, que por un afán político, pudieran haberse ignorado en su etapa de estudio.

CAPÍTULO II

CONVENCIÓN DE LA OCDE PARA COMBATIR EL SOBORNO TRASNACIONAL Y LA INCLUSIÓN DEL NUEVO TIPO PENAL DE COHECHO A FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Las fronteras comerciales ya no existen. Desde que se globalizó el comercio las naciones han visto con preocupación cómo las malas prácticas comerciales radicadas en la sociedad han traspasado los límites geográficos y comienzan a socavar la estabilidad económica. Una de estas malas prácticas es sin dudas el cohecho, que alcanza una nueva dimensión al considerarse al funcionario público extranjero como nuevo sobornante o sobornado de este delito. Se señala que este tipo de soborno con el objeto de obtener ventajas a nivel de negociaciones internacionales preocupa a las esperas políticas, ya que esta mala praxis perturba la gobernabilidad, el desarrollo económico y la competencia internacional⁶³.

Por lo mismo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE⁶⁴, cuyo principal objetivo es promover al máximo el crecimiento económico de sus integrantes apoyando la apertura comercial y la inversión internacional, comenzó a trabajar en el combate internacional contra la corrupción.

⁶³ En este sentido MOULETTE, Patrick. Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. Compendio de Instrumentos jurídicos universales y regionales contra la corrupción. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. México. 2009. p. 19.

⁶⁴ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE es una institución internacional intergubernamental que reúne a los países más industrializados, coordinando sus políticas económicas y sociales.

2.1. ORIGEN DE LA CONVENCIÓN DE LA OCDE OBJETIVOS Y ASPECTOS GENERALES

Una de las principales preocupaciones de la OCDE actualmente es el flagelo de la corrupción. Ha sido tema de debate dentro de esta organización desde hace más de dos décadas, pero estas discusiones comenzaron a rendir frutos con la adopción de la Convención dedicada específicamente al soborno a funcionarios públicos extranjeros en el año 1997. Esta convención fue adoptada al constatarse de que en las legislaciones nacionales existía un vacío, ya que no contemplaban el soborno a funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales⁶⁵.

2.1.1. Antecedentes de la Convención

En consideración a las características del cohecho, como un fenómeno que traspasa las fronteras y afecta a las transacciones comerciales internacionales, provocando inquietud moral y política además de inestabilidad en las condiciones de competencia internacional, y considerando también que al ser de un delito transnacional, la responsabilidad de combatirlo es de todos los países⁶⁶, la OCDE como organización que representa a las económicas líderes a nivel mundial, comenzó la creación de un instrumento que regulara este delito.

El comienzo de la regulación sobre el soborno a servidor público extranjero se sintetizó en tres documentos que anteceden a la Convención sobre Corrupción. Estos documentos redactados por el Grupo de Trabajo sobre el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE son llamados Recomendaciones y datan de los años 1994, 1996 y 1997, tuvieron como objetivo

⁶⁵ Cfr. GOBIERNO DE CHILE. Carta explicativa. Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. 2010. p. 1

⁶⁶ Cfr. OCDE. Recomendación revisada del Consejo sobre el combate al cohecho en las transacciones comerciales internacionales. 23 de mayo de 1997. p. 1

general “evitar el cohecho en las transacciones comerciales internacionales, solicitando a los países que tipificasen como delito penal en su legislación el cohecho de funcionario público extranjero y que dispusiesen como delito penal las sanciones oportunas para el mismo, así como medios fiables para detectar tal delito y aplicar la ley”⁶⁷, además de servir de plataforma para la construcción de la Convención en comento.

Hay quienes sostienen que, sin perjuicio del trabajo interno realizado por la OCDE, hubo algunos hitos en material legislativa que también inspiraron la Convención contra la Corrupción. El primero de estos hitos es la innovadora Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, dictada en los Estados Unidos el año 1977⁶⁸, que deriva su importancia en el hecho que “fue la primer iniciativa en la que un gobierno involucró directamente a las empresas en el combate a la corrupción”⁶⁹, sin lugar a dudas una normativa vanguardista para la época. Un segundo hito que propició el ambiente para la dictación del Convenio de la OCDE fue la Convención Interamericana contra la Corrupción, del 26 de marzo de 1996, que como bien señala Carlos Manfroni fue “el primer pacto internacional para sancionar el soborno de funcionarios públicos extranjero”⁷⁰. La importancia de la Convención de los Estados Americanos para la dictación de la Convención de la OCDE es sin dudas reafirmar la idea de regular esta materia a través de una convención, con el fin de que las naciones aúnen esfuerzos para el combate contra la corrupción.

En definitiva, con la idea de uniformar el tratamiento del cohecho en los países adherentes de manera que su persecución fuese eficaz, el 17 de diciembre de 1997,

⁶⁷ OCDE. “Represión del cohecho en las transacciones comerciales internacionales”. Julio 2004. p. 2. [en línea] <<http://www.oecd.org/dataoecd/42/4/33646125.pdf>> [consulta: 28 febrero 2011].

⁶⁸ El contenido de esta ley era “establecer severas sanciones privativas de la libertad y pecuniarias para las empresas y ciudadanos particulares de los Estados Unidos que, con el fin de conseguir o conservar un negocio, otorgaren sobornos a funcionarios gubernamentales del exterior, partidos políticos, funcionarios o candidatos de partidos políticos del exterior”. MANFRONI, Carlos. “Soborno Transnacional”. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998. p. 50

⁶⁹ ONFRAY, Arturo. “Convención contra el soborno transnacional de la OCDE”. *Revista de Derecho*. N° 9. Abril 2003. p. 1

⁷⁰ MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 109

los miembros de esta organización firmaron en París la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales⁷¹. Fueron invitados a participar de esta Convención los países miembros de esta organización –en esa fecha treinta naciones- asimismo países no miembros que en un comienzo fueron cuatro –Argentina, Brasil, Bulgaria y Chile⁷²-. Actualmente son 38 los países partes de la Convención.

La entrada en vigor de este instrumento debía ser, como lo señala el artículo 15 del mismo, sesenta días después de la fecha en la que cinco de los países que tengan las diez más grandes porciones como exportadores y que representen al menos el sesenta por ciento de las exportaciones totales, hayan depositado sus instrumentos de aceptación, aprobación o ratificación. Ya para fines del año 2003, había sido ratificada e introducida en la legislación de los países aceptantes. Específicamente en el caso chileno, la convención fue aprobada por el Congreso Nacional en marzo de 2001, promulgada el 10 de octubre de 2001 y publicada en el Diario Oficial el 30 de enero de 2002.

El rol que cumple la OCDE, específicamente su Grupo de Trabajo sobre Cohecho, compuesto por expertos de todas las naciones partes de la Convención, es el de garantizar la aplicación eficaz del Convenio, llevando a cabo un programa de seguimiento que, tal como dice el artículo 12 de dicho instrumento, monitoree y promueva el cumplimiento de lo establecido tanto en la Convención como en sus Recomendaciones. Este programa de seguimiento contempla dos fases: en la fase 1 se evalúan los instrumentos jurídicos de los Estados partes relativos al cohecho, con el objeto de asegurar su conformidad con la Convención; y en la fase 2, se analiza la

⁷¹ Adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997.

⁷² En este punto hay que hacer el siguiente alcance. Chile se encontraba entre los invitados no miembros a participar de la Convención. Sin perjuicio de esto, en noviembre de 2003 comienzan las negociaciones para que ingresara a este grupo selecto de países, las que se concretaron a comienzos del año 2010.

forma en que se aplica dicha legislación⁷³. Respecto del cumplimiento de Chile se verá a continuación en el capítulo 2.3.

Por último, de los antecedentes que rondan a la Convención que su objetivo principal es la tipificación del cohecho de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales como un delito penal⁷⁴, “para evitar que unos tomen la ventaja respecto de los otros en el comercio internacional”⁷⁵. Entonces, del propósito de establecer y estandarizar la regulación del cohecho a nivel internacional, se desprenden además como objetivos accesorios la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la sanción al lavado de dinero, la asistencia entre países y la extradición respecto de la corrupción⁷⁶.

2.1.2. Consideraciones generales de la Convención

En cuanto a su contenido son 12 los artículos en los que se regula el cohecho a servidor público extranjero en transacciones comerciales internacionales. El resto del articulado son normas que dicen relación con la vigencia del instrumento. De estos 12 artículos haremos referencia a los que, a nuestro parecer, son destacables por su grado de innovación.

Se regula entonces en el artículo primero el delito de cohecho a servidores públicos extranjeros, que en sus cuatro incisos considera la tipificación del delito en los siguientes términos. Si bien es cierto que a continuación se hará referencia a este artículo, no se profundizará mayormente en él, puesto que está destinado para su análisis el capítulo 2.2.

⁷³ OCDE. Represión del cohecho en las transacciones comerciales internacionales. Ob. Cit. p. 4.

⁷⁴ Cfr. *Ibidem*. p. 2

⁷⁵ MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 109

⁷⁶ Cfr. GOBIERNO DE CHILE. Carta explicativa. p. 2

1.1. Cada parte tomará las medidas necesarias para establecer que es un delito punible bajo su ley el que cualquier persona intencionalmente ofrezca, prometa o efectúe un pago indebido u otra ventaja, sea directamente o a través de intermediario, a un servidor público extranjero en su beneficio o en el de un tercero, a fin de que ese funcionario actúe o deje de hacer, en cumplimiento de sus deberes oficiales, con el propósito de obtener o mantener un negocio o cualquiera otra ventaja indebida, en la realización de negocios internacionales.

Cabe destacar ciertos aspectos de la tipificación. En primer lugar, cada Estado debe hacer los esfuerzos jurídicos que correspondan, según su regulación en general, para adecuar el delito de cohecho a los términos establecidos en la Convención. Segundo, se señala como sujeto activo del delito es cualquier persona que, intencionalmente, realice personalmente o a través de un intermediario, un pago indebido u otorgue otro tipo de beneficio no pecuniario a un servidor público extranjero, para que este realice o deje de realizar algún acto que es propio de los deberes que le impone el cargo que ostenta. En tercer lugar, se consideran la oferta, la promesa o el pago efectivo como las acciones que rigen el delito. En cuarto lugar tenemos que el ofrecimiento, promesa o pago es en beneficio del propio servidor o de un tercero. Por último, señala el artículo que la oferta, promesa o pago realizado por este particular responde a un interés por obtener o mantener un negocio o cualquier ventaja indebida en el orden de negociaciones internacionales.

El inciso segundo se refiere principalmente a los grados de participación en el delito y al iter criminis, de la siguiente forma:

1.2. Cada parte tomará las medidas necesarias para establecer que la complicidad, incluyendo la incitación, la ayuda e instigación, o la autorización de un acto de cohecho a un servidor público extranjero, constituya un delito. La tentativa y la complicidad para cohechar a un servidor público extranjero constituirán un delito en el mismo grado que lo

sean la tentativa y la complicidad para cohechar a un servidor público de esa parte.

Luego, de relevancia para nuestro estudio, el artículo primero define algunos términos citados en el propio artículo, pero sin duda, la importancia radica en la definición que da del término servidor público extranjero como a continuación se cita:

1.4.a. servidor público extranjero significa toda persona que detente una posición legislativa, administrativa o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluyendo una agencia pública o empresa pública, o cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

Otro importante aspecto establecido por la convención y que se relaciona con lo descrito en el artículo primero es la participación de cualquier persona, específicamente como lo aborda en artículo segundo, la responsabilidad de las personas morales, o personas jurídicas como se acostumbra llamarlas en Chile. Esta responsabilidad debe estar en armonía con los principios legales que rijan en cada país parte, así se desprende del mismo texto legal, como también de los comentarios hechos a la Convención por la Conferencia Negociadora de noviembre de 1997 que señala “en el caso que, de acuerdo con el sistema legal de una Parte, la responsabilidad penal no se aplique a las personas morales, no le será exigido a dicha Parte que establezca la mencionada responsabilidad penal”⁷⁷. Es más, se sostiene que la solución a la no regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas es la apropiada aplicación del artículo tercero de la Convención, que establece “sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas de carácter no penal incluyendo sanciones pecuniarias”⁷⁸.

⁷⁷ OCDE. “Comentarios a la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales”. Conferencia Negociadora. 21 de noviembre de 1997. Pp. 3

⁷⁸ ONFRAY, Arturo. Ob. Cit. p. 2

No obstante disponer que la responsabilidad a las personas jurídicas estará circunscrita a lo dispuesto en la normativa local de cada Parte, es la misma OCDE que en el año 2009 suscribe una guía de buenas prácticas⁷⁹ para la aplicación de la Convención en comento, que respecto del artículo 2 señala que los sistemas de responsabilidad no se deben limitar a procesar y condenar a las personas físicas que materializaron el delito, agregando tres modelos que deberán considerar las Partes respecto de este tema: (a) el nivel de autoridad de la persona cuya conducta provoca la responsabilidad de la persona moral es flexible, reflejando la amplia variedad de formas de tomar decisiones dentro de las personas morales; o, (b) la autoridad directiva de más alto nivel dentro de la persona moral personalmente ofrece, promete o da un soborno a un servidor público extranjero, autoriza o da la orden de conferir este soborno, o simplemente no logra evitar que un subalterno soborne a un funcionario de las características mencionadas. La imposición de alguno de estos sistemas obliga a los Estados que son parte de esta convención y que no cuentan con un sistema de responsabilidad penal de personas morales a la instauración de uno de ellos, lo que podría contrariar las normas internas de ese Estado.

En lo relativo a las sanciones dispuestas en el artículo tercero de la convención⁸⁰, éstas deben ser de carácter penal, y además eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluyéndose a la privación de libertad en los casos de personas físicas para permitir la asistencia legal mutua y la extradición. Sin perjuicio de esas sanciones

⁷⁹ OCDE. “Guía de Buenas Prácticas para aplicar artículos específicos de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”. 26 de noviembre de 2009. p. 28

⁸⁰ Art. 3. El cohecho a un servidor público extranjero será sancionado mediante sanciones de carácter penal eficaces, proporcionadas y disuasivas. El rango de las sanciones será comparable a aquéllas que se apliquen al cohecho de servidores públicos de esa parte e incluirán en el caso de personas físicas, la privación de libertad suficiente para permitir la asistencia legal mutua efectiva y la extradición.

Si, dentro del sistema jurídico de una de las partes, la responsabilidad penal no es aplicable a las personas morales, ésta parte deberá asegurar que éstas queden sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluyendo sanciones pecuniarias, en casos de cohecho a servidores públicos extranjeros.

Cada parte tomará las medidas necesarias para que el instrumento y el producto del cohecho de un servidor público extranjero o activos de un valor equivalente al de ese producto puedan ser objeto de embargo y decomiso o sean aplicables sanciones monetarias de efectos compatibles.

Cada parte procurará imponer sanciones civiles o administrativas complementarias a una persona sujeta a sanciones por el cohecho de un servidor público extranjero.

penales, la convención amplía el abanico de sanciones y contempla también sanciones no penales como el decomiso, el embargo y otras pecuniarias civiles y administrativas.

En lo que respecta a las sanciones contempladas para las personas morales nos remitimos a lo antes dicho, y agregamos que se pueden considerar como sanciones civiles o administrativas aplicables a este tipo de personas la exclusión del derecho de gozar de beneficios o ayudas públicas, la descalificación temporal o permanente para participar en compras gubernamentales o para desempeñar otras actividades comerciales; la puesta bajo supervisión judicial y la orden judicial de liquidación⁸¹.

Como lo señala el autor Carlos Manfroni en referencia a las sanciones, uno de los aspectos positivos de este convenio es “evitar que por el camino de una penalidad excesivamente leve o de cumplimiento suspensivo pueda violarse el espíritu del acuerdo”⁸².

Otro punto interesante de debatir es lo referente a la jurisdicción. En su capítulo cuarto “exige que cada parte establezca una jurisdicción propia sobre el delito de cohecho de extranjeros cuando éste se cometa en su totalidad o en parte dentro de su territorio. Si una parte cuenta con jurisdicción para procesar a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero, establecerá dicha jurisdicción sobre el delito de cohecho de extranjeros conforme a esos mismos principios”⁸³. Se consagra pues el respeto a los principios de territorialidad en la aplicación de la ley penal, por un lado, y por el otro, el principio de la nacionalidad de la persona⁸⁴.

⁸¹ Cfr. OCDE. Comentarios a la Convención... Ob. Cit. p. 3

⁸² MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 119

⁸³ OCDE. Represión del cohecho... Ob. Cit. p. 4

⁸⁴ Cfr. MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 121

La crítica que se le ha hecho a esta disposición es la exigencia de una condición positiva en el Derecho de los Estados –tener jurisdicción para la persecución-, pareciera mejor el establecimiento de una clausula que obligara la persecución de los nacionales, siempre que esta persecución no fuese contraria con la Constitución o los principios fundamentales⁸⁵. De todas maneras, es el inciso cuarto del artículo 4 que deja abierta la posibilidad de que, si no son suficientes estos principios para juzgar el delito de cohecho caracterizado por la Convención, la parte tome las medidas apropiadas para luchar eficazmente contra el cohecho.

En el artículo 9 de la convención nos encontramos con la norma referente a la Asistencia legal mutua, lo que significa que todos los países partes de este convenio se comprometen a brindar una asistencia del tipo legal de manera pronto y eficaz, cuando otra parte se lo solicita en mérito de un procedimiento penal o no penal, dentro del ámbito de los delitos regulados por esta convención. Esta ayuda tiene la condición de ser prestada cuando se cumpla el requisito de doble criminalidad, aunque es el mismo artículo que considera cumplido este requisito cuando el delito por el cual se requiere asistencia corresponda a la órbita del acuerdo⁸⁶. Mejor explicación se da en los Comentarios a la Convención, en lo que se señala “las Partes con estatutos tan diversos, como uno que prohíba el cohecho de agentes en lo general y otro dirigido específicamente al cohecho de servidores públicos extranjeros, deben ser capaces de cooperar enteramente en aquellos casos cuyos hechos caigan dentro del alcance de los delitos descritos en esta Convención”⁸⁷.

Del último inciso de este artículo cabe rescatar la imposibilidad de argumentar el secreto bancario como justificación de la no asistencia jurídica.

⁸⁵ Cfr. *Ibidem*. p. 122

⁸⁶ Cfr. MANFRONI, Carlos. *Ob. Cit.* p. 127

⁸⁷ OCDE. *Comentarios a la Convención...* *Ob. Cit.* p. 5

Otro aspecto innovador de esta Convención es la consideración del cohecho a servidor público extranjero en las legislaciones internas como un delito que amerita extradición. Lo que se incorpora automáticamente es la extradición de este delito y no el delito en sí, puesto que para la inclusión del delito se requiere previamente la discusión legislativa que da cabida a la determinación del tipo y de la pena⁸⁸.

Hay que agregar que la convención mejora las condiciones para que se logre la extradición en el sentido de que se considera como base jurídica este instrumento, no requiriendo la existencia de un tratado entre las Partes sobre la materia. Además, y de la misma forma en que se trata la asistencia mutua, la exigencia de doble criminalidad se tendrá por cumplida cuando la extradición entre en la órbita de la Convención⁸⁹.

Finalmente, el artículo 12 trata sobre el programa de monitoreo y seguimiento para el cumplimiento de la Convención, el que estará a cargo, como ya se mencionó, del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre cohecho en transacciones comerciales internacionales. Como ya se dijo, en la lucha contra el cohecho este programa busca en primer lugar, determinar la compatibilidad entre las legislaciones internas y la Convención –fase 1-, y en segundo lugar, evaluar los eventuales problemas que puedan darse en su aplicación –fase 2-. Podemos decir a modo de conclusión que, según los datos entregados por la propia OCDE del primer examen hecho a los países participantes, por lo general la normativa interna se ajusta a la Convención, no obstante, en algunos casos se ha recomendado algunas medidas correctivas⁹⁰, que dicen relación con la incorporación del nuevo delito y la modificación armónica del cohecho a nivel local.

Se podría decir en definitiva, que desde su entrada en vigencia, la Convención de la OCDE ha avanzado considerablemente en la lucha contra el cohecho

⁸⁸ Cfr. MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 128

⁸⁹ Cfr. *Ibidem*. p. 129

⁹⁰ OCDE. Represión del cohecho... Ob. Cit. p. 4

internacional, trabajando actualmente en extender el alcance de sus normas a naciones con economías en ascenso. Lo importante es el compromiso constante de quienes ya adhirieron a este instrumento, mejorando su legislación interna, fomentando la cooperación de los privados, y en definitiva cumpliendo con los estándares internacionales relativos a este delito.

2.2. ELEMENTOS DEL DELITO DE COHECHO A FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO ESTABLECIDO POR LA CONVENCIÓN

Uno de los aportes fundamentales que se destaca en el instrumento que estamos analizando, sin lugar a duda, es el establecimiento del delito de cohecho a servidor público extranjero en transacciones comerciales internacionales⁹¹. Al regular este delito se tuvo como objetivo que las naciones adherentes al convenio lo internalizaran en sus legislaciones y en definitiva, se sancionara de forma homogénea por este tipo de cohecho y se combatiera a nivel global la corrupción. Esto se confirma en el propio artículo primero que sanciona este delito al decir que cada Parte tomará las medidas necesarias para establecer que es un delito punible bajo su ley el sancionado en ese mismo artículo –“pero no les exige emplearlas en su significado más preciso”⁹²-.

En primer término, el cohecho regulado por la Convención de la OCDE es del tipo conocido como cohecho activo, puesto que el artículo primero señala que el compromiso de establecer el delito de soborno es respecto de cualquier persona que realice alguno de los actos tipificados en dicha norma. Entonces, al decir “cualquier persona” se refiere a un particular, quien ejecuta cualquiera de las hipótesis de cohecho consideradas en el artículo y que se verán a continuación. El funcionario

⁹¹ Sin perjuicio de que ya la Convención Interamericana contra la Corrupción incorporaba este delito, fue recién con la ratificación del acuerdo de la OCDE. que Chile comienza con el plan de incorporación y sanción del delito de cohecho a funcionario público extranjero. En este sentido, RODRÍGUEZ Collao, Luis, Ossandón, María Magdalena. Ob. Cit. p. 356.

⁹² OCDE. Comentarios a la Convención... Ob. Cit. p. 1

público extranjero no es sancionado por la convención pues no es considerado como ejecutor del acto, sino tendrá que ser perseguido por la legislación interna que lo invistió en el cargo.

Entonces, quien ejecuta la prohibición es un particular, tratándose entonces de un delito común, pues no debe depender de una característica especial para adjudicar algún tipo de participación. Además, la Convención no hace distinciones entre personas naturales y personas jurídicas para determinar el sujeto activo de este delito. Esto último se reafirma con lo dicho en el artículo segundo, que establece la responsabilidad de las personas morales en armonía con los principios legales de cada país. La intención de decir que cualquier persona es sancionable por la comisión de este delito es evitar las dificultades que eventualmente podrían ocurrir al perseguir a un extranjero por actos cometidos fuera del territorio⁹³. Respecto de las personas morales nos remitimos a lo señalado anteriormente sobre la imposición de un sistema de responsabilidad penal para éstas.

Es menester mencionar que el acto puede ser también realizado por un intermediario, lo que no libera de responsabilidad al particular que le ordenó a este intermediario la realización de un acto de carácter delictivo con el objetivo de no vincularse con el funcionario y no ser relacionado directamente con el acto de corrupción. Es más, en los comentarios hechos a la Convención se aclara que la conducta es un delito “aunque la oferta o promesa se lleve a cabo o se otorgue la ventaja pecuniaria o de otro tipo por cuenta de la persona o por cuenta de otra persona o entidad legal”⁹⁴.

El sujeto pasivo de este delito es el funcionario público extranjero, a quien el particular ofrece el soborno y quien puede ser el beneficiario de éste, ya que el beneficio también puede ir dirigido a un tercero -así lo dispone el mismo artículo- .

⁹³ Cfr. MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 111

⁹⁴ OCDE. Comentarios a la Convención... Ob. Cit. p. 2

Lo que se entiende por funcionario público es definido por el artículo primero en su párrafo cuarto letra a) –que ya fue citado-, entendiéndose que este funcionario ejerce su cargo en cualquiera de los tres poderes del Estado, haya sido designado o electo, es necesario que ejerza la función pública –“la que comprende cualquier actividad en el interés público”⁹⁵- , ampliando el ejercicio de esta función a agencias o empresas públicas –“cualquier compañía, sin importar su estructura legal, sobre la cual un gobierno o varios gobiernos, pueden ejercer o ejercen una influencia dominante directa o indirecta”⁹⁶- inclusive, a organizaciones públicas internacionales –“incluye a cualquier organización pública formada por Estados, gobiernos u otras organizaciones públicas internacionales”⁹⁷-; esto último, es una de las novedades de esta Convención en relación con otros documentos de la misma índole⁹⁸.

Las conductas del particular previstas como delictivas por este artículo son las siguientes (lo subrayado es nuestro):

- a) Cualquier persona que intencionalmente ofrezca un pago indebido o una ventaja, sea directamente o a través de un intermediario, a un servidor público extranjero en su beneficio o en el de un tercero, a fin de que ese funcionario actúe en cumplimiento de sus funciones oficiales, con el propósito de obtener o mantener un negocio o cualquiera otra ventaja indebida, en la realización de negocios internacionales.
- b) Cualquier persona que intencionalmente ofrezca un pago indebido o una ventaja, sea directamente o a través de un intermediario, a un servidor público extranjero en su beneficio o en el de un tercero, a fin de que ese funcionario deje de hacer en cumplimiento de sus funciones oficiales, con el propósito de obtener o mantener un negocio o cualquiera otra ventaja indebida, en la realización de negocios internacionales.

⁹⁵ Ídem.

⁹⁶ Ídem.

⁹⁷ Ibídem. p. 3

⁹⁸ Cfr. MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 116

- c) Cualquier persona que intencionalmente prometa un pago indebido o una ventaja, sea directamente o a través de un intermediario, a un servidor público extranjero en su beneficio o en el de un tercero, a fin de que ese funcionario actúe en cumplimiento de sus funciones oficiales, con el propósito de obtener o mantener un negocio o cualquiera otra ventaja indebida, en la realización de negocios internacionales.
- d) Cualquier persona que intencionalmente prometa un pago indebido o una ventaja, sea directamente o a través de un intermediario, a un servidor público extranjero en su beneficio o en el de un tercero, a fin de que ese funcionario deje de hacer en cumplimiento de sus funciones oficiales, con el propósito de obtener o mantener un negocio o cualquiera otra ventaja indebida, en la realización de negocios internacionales.
- e) Cualquier persona que intencionalmente efectúe un pago indebido o una ventaja, sea directamente o a través de un intermediario, a un servidor público extranjero en su beneficio o en el de un tercero, a fin de que ese funcionario actúe en cumplimiento de sus funciones oficiales, con el propósito de obtener o mantener un negocio o cualquiera otra ventaja indebida, en la realización de negocios internacionales.
- f) Cualquier persona que intencionalmente efectúe un pago indebido o una ventaja, sea directamente o a través de un intermediario, a un servidor público extranjero en su beneficio o en el de un tercero, a fin de que ese funcionario deje de hacer en cumplimiento de sus funciones oficiales, con el propósito de obtener o mantener un negocio o cualquiera otra ventaja indebida, en la realización de negocios internacionales.

De las hipótesis recién expuestas, podemos decir que los verbos rectores del delito de cohecho a servidor público extranjero son ofrecer -comprometerse a dar, hacer o decir algo-, prometer -obligarse a hacer, decir o dar algo-, y por último, efectuar

-poner por obra, ejecutar algo, especialmente una acción⁹⁹. Lo que se pretende ofrecer, prometer o efectuar es un pago indebido u otra ventaja, esto quiere decir que, el pago del sobornante al servidor público sería de aquellos que no se le deben por la realización un acto que es propio de sus funciones, y que por el cual el Estado le garantiza un sueldo; y agrega la Convención la opción de que este pago indebido no sea visto desde la perspectiva pecuniaria, sino que se amplíe a ciertas ventajas no económicas que pudieran favorecer injustamente al particular.

Respecto de esto último, la Conferencia Negociadora de 1997 realizó dos salvedades, la primera de ellas, la consideración de que nos encontramos frente a este delito de cohecho sin importar el valor de la ventaja, siempre y cuando se cumpla con el tipo penal, y segundo, los pagos que se realicen para facilitar algún tipo de trámites no constituyen pago realizados para la obtención o el mantenimiento de algún negocio o ventaja indebida, y en consecuencia, no se consideran como soborno transnacional¹⁰⁰.

Cuando el artículo menciona las finalidades del soborno, por un lado, que el funcionario actúe en cumplimiento de sus funciones oficiales¹⁰¹, o por el contrario, que deje de realizar estos deberes, cabe delimitar que se entiende por deberes oficiales, lo que vendría siendo las funciones que son propias de cargo, como las hemos conocido en el análisis del cohecho a nivel local, incluyendo el uso que el funcionario pueda darle a su posición, lo que podría hacer que este influya en otra autoridad, o que exceda su competencia¹⁰². Estas finalidades del soborno tendrían un objetivo más importante aún para el particular que sería la obtención de un negocio transnacional, la mantención de éste, o la obtención de o mantención de una ventaja que fuese

⁹⁹ Todas estas definiciones son de REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. [En línea] <<http://www.rae.es/rae.html>>. [Consulta: 8 marzo 2011]

¹⁰⁰ Cfr. OCDE. Comentarios a la Convención... Ob. Cit. p. 2

¹⁰¹ La Conferencia Negociadora señala que “actuar o abstenerse de actuar en la ejecución de las funciones oficiales” incluye cualquier uso de la posición del servidor público, quede o no comprendida en el ejercicio de las atribuciones conferidas a tal funcionario. OCDE. Comentarios a la Convención... Ob. Cit. p. 1

¹⁰² Cfr. MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 117

indebida, como las que se refieren a “cuestiones a las que la empresa implicada no tenía claramente derecho”¹⁰³. Según Manfroni estas ventajas indebidas tienen como propósito impedir las excepciones que digan relación con actos de rutina administrativa¹⁰⁴.

En el párrafo segundo del artículo que se analiza se establecen como delitos también la complicidad, incluyendo la incitación, la ayuda e instigación o la autorización de un acto de cohecho. Al ser formas ampliadas del delito deben ser adeudadas al delito principal, entonces siempre que en los sistemas legales de las naciones Partes estas acciones sean también sancionables para el cohecho a funcionario local¹⁰⁵, serán consideradas como delitos, de no ser así, no podría perseguirse por estas “formas ampliadas de adecuación del tipo penal”¹⁰⁶ como las llama Manfroni.

Además este párrafo contempla la tentativa y la complicidad como delito de cohecho en el mismo grado que sea considerado en las legislaciones locales que adhieran a la Convención.

En lo que respecta al tipo subjetivo, dado el tenor del artículo, que señala la intencionalidad del particular al ofrecer, prometer o efectuar un pago indebido u otra ventaja, es imposible concebir que pueda ser ejecutado el delito de cohecho a funcionario público extranjero de manera negligente o imprudente. Que diga “intencionalmente” manifiesta su realización dolosa, además, un dolo del tipo directo, puesto que esta misma palabra y el hecho de saber de los actos que ejecutan y omiten ejecutar los funcionarios, hacen incompatible la posibilidad de un dolo eventual.

¹⁰³ OCDE. Comentarios a la Convención... Ob. Cit. p. 2

¹⁰⁴ Cfr. MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 118

¹⁰⁵ OCDE. Comentarios a la Convención... Ob. Cit. p. 2

¹⁰⁶ MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 94

Finalmente, las sanciones de carácter penal aplicables al delito de cohecho a funcionario público extranjero, tal como lo señala el artículo tercero, deben ser eficaces -capaces de lograr el efecto que se desea o se espera-, proporcionadas -regulares, competentes o aptas para lo que son menester- y disuasivas –inducen a desistir de un propósito-¹⁰⁷. La razón de destacar el carácter penal de éstas, es la posibilidad de aplicar otro tipo de sanciones que no sean necesariamente penales, especialmente, en el caso en que sean personas morales las que cometan el delito y que en la legislación interna no se contemple un sistema de responsabilidad penal para ellas, así lo destaca el inciso segundo de este artículo que manifiesta como alternativa las sanciones pecuniarias no penales por falta de regulación sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Nos parece importante destacar que las sanciones que impone la Convención son aplicables al particular sobornante, y no para el funcionario sobornado, puesto que será la legislación del lugar en donde este funcionario ejerce sus funciones la encargada de sancionarlo por el delito de cohecho pasivo propio o cohecho pasivo propio agravado –en el caso de Chile por ejemplo-. Creemos que la idea de la Convención, sin perjuicio de endurecer las penas aplicables a los particulares que incurrir en estas prácticas, es la sanción de la conducta aún más reprochable que tiene el servidor público que pone en peligro que no sólo la estabilidad de los negocios internacionales, sino también la confianza en las administraciones públicas¹⁰⁸.

De todas maneras, la Convención no concuerda con una penalidad excesivamente leve para el particular, que pueda eludir el cumplimiento del convenio.

¹⁰⁷ Todas estas definiciones son de REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. [En línea] <<http://www.rae.es/rae.html>>. [Consulta: 10 marzo 2011]

¹⁰⁸ El autor Carlos Manfroni pareciera no estar tan de acuerdo con esta idea, puesto que menciona el endurecimiento de las penas en las legislaciones internas respecto del funcionario público, pero equiparando las sanciones impuestas al particular. A nuestro entender no parece proporcionado, en razón a que el cohecho pasivo es un delito especial que sanciona la actuación delictiva de una persona que posee un status especial, que está dado por la relación que este tiene con la administración pública, lo que afecta directamente con el bien jurídico protegido en estos delitos, tema que no esta sección no se desarrolla, pero que a continuación se profundiza.

De las sanciones que se contemplan se destaca el cumplimiento con pena de privación de libertad que facilite la asistencia legal mutua y la extradición –sin posibilidad de excarcelación o suspensión condicional-, además del compromiso de los Estados de establecer el embargo y decomiso para los bienes utilizados para el soborno, sin dejar de mencionar la sanción pecuniaria comparable con el valor de los bienes.

2.3. EL TIPO PENAL DE SOBORNO TRANSNACIONAL EN CHILE A LA LUZ DE LA CONVENCION DE LA OCDE

2.3.1. Cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Convención y contraídas por Chile

Como ya se dijo en su momento, Chile adoptó la Convención contra la Corrupción de la OCDE a fines del año 2001, generando una serie de obligaciones que decían relación con modificaciones en la regulación del delito de cohecho, así también la incorporación en la legislación chilena del nuevo delito de cohecho a servidor público extranjero principalmente. Pero esta adopción obedece a una creciente participación de Chile que data de 1992 en esta organización, y que es “expresión de una voluntad política de llevar a cabo relaciones políticas y económicas internacionales abiertas”¹⁰⁹. Por este motivo, toda invitación que dicha organización extendiera a nuestra nación sería bienvenida, lo que por cierto, obligaba la revisión de nuestras normas en diversas materias.

La adhesión a esta convención y los consecuentes cambios en nuestras normas siempre han tenido como objetivo último las ventajas de pertenecer a la organización que reúne a los países con las economías más desarrolladas. Según don

¹⁰⁹ Ley N° 20.341. CHILE. Introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamentos de la Cámara de Diputados. Cuenta en Sesión 79, legislatura N° 356. 6 de agosto de 2008. p. 17.

Claudio Troncoso Repetto, director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de la época, las ventajas de pertenecer a la OCDE son cuatro: primero, “el fortalecimiento de las relaciones bilaterales en materias que superen el ámbito comercial (...)”¹¹⁰, segundo, “mejorar las políticas públicas por cuanto la OCDE es un importante elaborador de estándares productivos, financieros, laborales, sociales, medioambientales y gubernamentales (...)”¹¹¹, tercero, “es también una vitrina continua que permite dar a conocer al mundo las transformaciones que se llevan a cabo en nuestro país (...)”¹¹², y por último, “influye en el mayor dialogo con las grandes redes empresariales y sindicales internacionales (...)”¹¹³. La revisión de delito de cohecho, que había sufrido su primera y más reciente modificación en 1999, era parte del proyecto para la obtención de las recién mencionadas ventajas.

Luego de ratificarse la Convención ante el Secretario de la Organización en abril del 2001, en octubre del mismo año se envió una iniciativa al Congreso con el objeto de adecuar la legislación a las exigencias internacionales. De esta iniciativa nació la Ley N° 19.829 que implementó la Convención y que “para cumplir con las obligaciones de la misma, incorporó dos nuevos artículos en el Código Penal, 250 bis A y 250 bis B”¹¹⁴, que, como ya vimos en su momento, fueron los primeros artículos en el Código Penal chileno que contemplaron el cohecho a funcionario público extranjero. Pero este primer paso para cumplimiento de las obligaciones y la instauración de este nuevo tipo penal fue objeto de críticas, ya que fue muy apresurado y generado por ánimos políticos, pues su ubicación, dentro del mismo párrafo 9 en donde se encuentra regulado el Cohecho a funcionario público nacional, protege a cierto bien jurídico –que para parte de la doctrina sería el correcto funcionamiento de la administración pública,

¹¹⁰ Ley N° 20.341. CHILE. Introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamentos de la Cámara de Diputados. Ob. Cit p. 18.

¹¹¹ Ídem.

¹¹² Ley N° 20.341. CHILE. Introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamentos de la Cámara de Diputados. Ob. Cit. p. 19

¹¹³ Ídem.

¹¹⁴ Ley N° 20.341. CHILE. Introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamentos de la Cámara de Diputados... Ob. Cit. p. 11.

lo que se verá más adelante con mayor detalle- que no se condice con el objeto de protección del nuevo delito, tema muy discutido que se abarcará en los capítulos venideros¹¹⁵.

Como se dijo en su oportunidad, la Convención contempla un plan de seguimiento y monitoreo para la correcta implementación del documento. Ya se explicó también que este plan está compuesto por dos etapas; para Chile, la primera fase de evaluación comenzó el año 2003, y sus países evaluadores fueron Argentina y España¹¹⁶. De la evaluación hecha se realizaron las siguientes observaciones¹¹⁷:

- a) Implementación restrictiva de la Convención. Solo ha incluido el ofrecimiento de un beneficio económico en la hipótesis del delito de Cohecho a servidor público extranjero, siendo que la Convención regula además la promesa y la dación de un beneficio que puede ser económico como de tipo no pecuniario;
- b) El nuevo tipo penal esta descrito de manera restrictiva respecto de la obtención de la ventaja indebida, y también en lo que dice relación con el tipo de transacciones que quedan protegidas por esta regulación;
- c) La definición de funcionario público extranjero no contemplaba todos los elementos que contenía su símil de la Convención;
- d) Falta de regulación respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas;
- e) Necesidad de endurecer las sanciones penales para que estas sean eficaces, proporcionadas y disuasivas;
- f) Existencia de problemas en lo relativo a la jurisdicción, ya que no se cumplía con el requisito del artículo 4 de la Convención.

¹¹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ Collao, Luis; Ossandón, María Magdalena. “Delitos contra la función pública” Ob. Cit. p. 356.

¹¹⁶ ONFRAY, Arturo. Ob. Cit. p. 4

¹¹⁷ Ley N° 20.341. CHILE. Introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamentos de la Cámara de Diputados... Ob. Cit. Pp. 12-13

Con vista a estos incumplimientos, en el año 2009, se siguieron una serie de modificaciones legales con la dictación de la Ley N° 20.341, que ya se ha abordado anteriormente, y que básicamente endurece las penas del cohecho a funcionario local, crea un nuevo párrafo para el cohecho a funcionario público extranjero –el párrafo 9 bis- y armoniza el artículo que contiene este delito con lo señalado en el convenio en comento.

Posteriormente siguieron la Ley N° 20.371, publicada en agosto del 2009, que introdujo modificaciones al Código Orgánico de Tribunales, específicamente, al artículo 6 numeral 2, dándose facultades a los tribunales nacionales para el conocimiento del cohecho a funcionario público extranjero que fuese cometido fuera de nuestro país por chilenos o residentes habituales en Chile¹¹⁸. Y por último, una novedad en materia legal en Chile, la incorporación de un sistema de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, contenida en la Ley N° 20.393, de diciembre del mismo año, que establece los requisitos para hacer responsables a las personas morales, el procedimiento para su investigación y las sanciones aplicables, además de un modelo de prevención del delito¹¹⁹.

Estos avances legislativos, que tenía como finalidad la incorporación de Chile a la OCDE –en nuestra opinión, a nivel político, este objetivo era más importante que el mejoramiento de la regulación relativa al delito de cohecho, aunque esto último se haya logrado-, cumplieron su cometido, y a comienzos de 2010 Chile paso a ser País integrante de esta organización¹²⁰.

¹¹⁸ Cfr. GOBIERNO DE CHILE. Carta explicativa. Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. 2010. p. 3

¹¹⁹ Ídem.

¹²⁰ OCDE. Chile, primer país sudamericano miembro de la OCDE. [En línea] <http://www.oecd.org/document/20/0,3343,fr_2649_34487_44375060_1_1_1_1,00.html> [consulta: 13 marzo 2011]

2.3.2. Comparación entre el Cohecho transnacional establecido en la Convención y el regulado por el Código Penal Chileno

Como se mencionó, el artículo 251 bis incorporado al Código Penal por la Ley N° 20.341, acogió las sugerencias hechas al antiguo artículo 250 bis A, respetando el sentido de lo dispuesto en la Convención. A continuación, se analizará pormenorizadamente los aspectos de ambos artículos, sus coincidencias y sus diferencias.

En la primera regulación chilena respecto del cohecho a funcionario público extranjero, éste estaba contenido en el artículo 250 bis y en el mismo párrafo que el resto de hipótesis de cohecho en el ámbito local. Sin embargo, con la modificación realizada, donde se derogó este artículo y se incorporó el nuevo artículo 251 bis, se creó también un párrafo nuevo donde ubicar este artículo y su complemento –el artículo 251 ter-. Este cambio obedeció a la creencia sostenida en las discusiones parlamentarias que, el bien jurídico protegido por los delitos de cohecho a funcionario local era el recto funcionamiento de la Administración del Estado, en cambio, el delito de cohecho a servidor público extranjero no tenía como objetivo proteger este bien jurídico, sino, la protección de las transacciones comerciales internacionales, tal como lo señala la propia Convención. Pareciera entonces que para nuestros legisladores el bien jurídico protegido por el tipo penal contenido en el artículo 251 bis es el mismo que el tipificado por la Convención¹²¹. Habría aquí una similitud entre ambos artículo¹²².

Respecto de sujeto activo, queda claro que en ambos artículos es un particular el que ofrece, promete o da. La Convención contempla que el particular puede ser una persona física o una persona moral, nuestro Código en cambio, en ningún caso se

¹²¹ Ley N° 20.341. CHILE. Introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamentos de la Cámara del Senado. ob. cit. p. 69.

¹²² Como este estudio trata sobre el bien jurídico y la discusión que se genera con la incorporación de este nuevo delito, dejaremos las discusiones doctrinarias relativas a este tema para los próximos capítulos.

establece la responsabilidad de las personas morales. Pero, con la dictación de la Ley N° 20.393 esta circunstancia ha variado, ya que como se ha mencionado reiteradas oportunidades a lo largo de este trabajo, esta ley contempla un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en casos específicamente determinados, uno de ellos es el delito de cohecho. Con esta ley entonces se cumpliría otro de los requisitos para que la tipificación del delito que estamos analizando coincida con el documento de la OCDE. Lo que no contempla el artículo chileno es la ejecución de delito por medio de un intermediario, lo que sí podría generar algún tipo de complicación cuando es un tercero que no tiene una relación de subordinación y dependencia, y que sin embargo realiza un acto por mandato del particular quien es el interesado en la acción u omisión del funcionario.

Lo que estamos tratando también hace referencia a la tipificación de las conductas de complicidad, incitación, ayuda e instigación, y autorización, así mismo, la tentativa y la confabulación, que están todas contempladas en el inciso segundo de artículo de la Convención, pero que sin embargo, nuestro artículo 251 bis no menciona. En respuesta a esto, se consideró que bastaba la aplicación de las normas generales sobre autoría y participación reguladas en el título II del libro I de nuestro Código Penal¹²³.

El sujeto pasivo de este delito es el servidor público extranjero, el cual está definido en la Convención en el artículo 1.4 y en el Código Penal en su artículo 251 ter. Respecto de él no queda más que remitirse a lo ya antes dicho, y concluir que luego de los cambios incorporados por la Ley N° 20.341 las definiciones de ambos instrumentos no difieren en casi absolutamente nada, ya que el único punto que se debatía era lo que se entendía por “empresa de servicio público” versus “empresa pública” contenida en el Convenio. Finalmente la nuestra norma adhirió al término utilizado en la Convención, puesto que “empresa de servicio público” era muy restrictivo,

¹²³ Cfr. HISTORIA DE LA LEY N° 19.829. Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. En: Oliver, Guillermo. “Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho”. Ob. Cit. p. 41.

entendiéndose que solo correspondía a empresas que proveen servicios públicos, y que éstas no son todas las empresas públicas¹²⁴.

Otro aspecto importante es la conducta del autor, que en Chile puede ser el ofrecimiento, la promesa o la dación de un beneficio. En comparación con el artículo primero de la Convención, la única diferencia que hay en este sentido es respecto del verbo efectuar, que en el Código Penal esta reemplazado por el verbo dar. Esta diferencia no produce confusiones, puesto que está justificada por la redacción de los artículos, ya que uno dice "...efectúe un pago indebido...", mientras que el otro señala "...diere a un funcionario público extranjero, un beneficio...". Lo relevante es que estos verbos demuestran que la iniciativa es tomada por el particular y no por el funcionario público, a diferencia de lo que ocurría con la antigua redacción de este delito en nuestro Código¹²⁵.

En cuanto al beneficio prometido o dado, la Convención señala el pago indebido u otro tipo de ventaja, entendiéndose por "pago indebido" el pago que está fuera de lo que regularmente el servidor debiera recibir, y respecto del "otro tipo de ventaja", cabe agregar además del beneficio pecuniario, alguno otro que no pueda ser cuantificable en dinero pero que, sin embargo, logre convencer al funcionario de actuar de la manera que el particular requiere. En este mismo sentido, el artículo 251 bis habla de "beneficio económico o de otra naturaleza", refiriéndose al beneficio en dinero como también a cualquier otro tipo de ganancia que no sea pecuniaria. Cabe decir que anteriormente no se consideraban los beneficios que no fueran económicos en la norma chilena, con el objeto de hacerla coincidir con las demás hipótesis de

¹²⁴ Ley N° 20.341. CHILE. Introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamentos de la Cámara del Senado. ob. cit. p. 71.

¹²⁵ Así, al hablar del verbo rector, Rodríguez y Ossandón consideraban que en las hipótesis conductuales del particular en el antiguo artículo 250 bis A, existían algunas que dependían de la intención del funcionario. Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. "Delitos contra la función pública". ob. Cit. p. 358.

cohecho¹²⁶, no obstante al cambiarse de párrafo, el nuevo soborno transnacional quedó liberado de esta restricción.

Ambos delitos persiguen lo mismo, que el funcionario actúe o deje de hacer, pero en el soborno transnacional chileno no especifica cuál es la conducta que debe adoptar el funcionario posterior a la solicitud hecha por el particular. Se subentiende que la ejecución u omisión en la que incurrirá el funcionario es dentro del ámbito de sus funciones, desprendiéndose esto del tenor del resto de los artículos que regulan el cohecho en el Código, no obstante, consideramos que debiera haber señalado expresamente, tal como lo hace el artículo primero, que la actuaciones u omisiones realizadas por el funcionario son en cumplimiento de sus deberes oficiales, deberes que luego en el mismo artículo son explicado.

Las actuaciones u omisiones realizadas por el funcionario público extranjero tiene como objetivo beneficiar al particular o a un tercero, de manera tal que este particular o tercero obtengan o mantengan ciertos negocios o ventajas indebidas, dentro del contexto de una negociación internacional. Dos aspectos resaltan al análisis.

El primero de ellos, es el término “ventaja indebida” que se encuentra en ambas normas. En las discusiones legislativas de la Ley N° 20.341 hubo acuerdo con agregar este término, sin embargo, los motivos no quedan suficientemente claros. Una opinión es la del Ministro Secretario General de la Presidencia, quien señala “el nuevo tipo penal sanciona sólo la obtención de ventajas que sean indebidas, porque parte de la base de que la legislación de los distintos países puede contemplar ventajas debidas, lícitas o legales, caso en el cual no habría delito”¹²⁷. Por el contrario, el jefe de la División Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores considera que “el propósito de

¹²⁶ Cfr. *ibídem*. p. 359. En el mismo sentido. OLIVER, Guillermo. “Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho”. *Ob. Cit.* p. 45.

¹²⁷ Ley N° 20.341. CHILE. Introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamentos de la Cámara del Senado. *ob. cit.* p. 70.

la OCDE (...), es que se penalice el soborno para obtener o mantener una ventaja indebida, y no el soborno para lograr ventajas lícitas, conducta que podrá ser penada según la legislación interna de cada país...¹²⁸.

El segundo aspecto que nos interesa abarcar es el referido a lo que la Convención llama “negocios internacionales”, conocido en nuestra legislación como “transacciones internacionales”. Para explicar la elección de un término por otro, la discusión se centró en el hecho de ampliar la expresión que antiguamente se empleaba –“transacciones comerciales internacionales”-, ya que ésta limitaba el espectro de posibles focos delictuales con la palabra “comercial”, que trata sobre cuestiones relacionadas con el comercio, restringiendo todos los actos funcionarios que también podrían ser sobornables. Es más, se agregó la expresión “cualesquiera” para reiterar que el ámbito de aplicación del delito trasciende lo económico¹²⁹. Lo que si fue acotado fue la mantención del término “transacción” -Trato, convenio, negocio-, a diferencia de lo dispuesto por la Convención que habla sobre “negociaciones -Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto-¹³⁰, queriendo decir que no importa en la etapa de las negociaciones se pretenda sobornar, sino que lo que interesa es la intencionalidad indebida.

En lo que dice relación con el tipo subjetivo, en el artículo primero queda expresamente claro que el afán del redactor fue demostrar el dolo –específicamente, dolo directo- al utilizar el término “intencionalmente”. En el caso chileno, si bien es cierto, este término no fue utilizado por nuestro legislador, es imposible no relacionar con conductas dolosas los verbos ofrecer, prometer o dar¹³¹.

¹²⁸ Ídem.

¹²⁹ Cfr. Ley N° 20.341. CHILE. Introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamentos de la Cámara de Diputados. Ob. Cit. p. 33.

¹³⁰ Todas estas definiciones son de REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. [En línea] <<http://www.rae.es/rae.html>>. [Consulta: 13 marzo 2011]

¹³¹ Cfr. OLIVER, Guillermo. “Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho”. Ob. Cit. p. 45.

Respecto de las sanciones, hay que señalar que éstas están sugeridas en el artículo tercero de la Convención, siempre con la disposición de que las legislaciones nacionales las adecuen al resto de las normas sobre soborno y en respecto de los principios que rigen cada ordenamiento interno. De igual manera, se hace hincapié en establecer la privación de libertad como una pena a este delito, con el objeto de permitir la asistencia legal mutua y la extradición, cuestiones que ya se vieron en este capítulo y que son parte importante del contenido de la Convención.

Con la Ley N° 20.341 se endurecieron las penas para el cohecho contenido en el artículo 248, 248 bis y 250. Y en el mismo tenor, el artículo 251 bis considera como penas la reclusión menor en su grado medio a máximo y, además, las de multas e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis, estas penas son agravadas en consideración a lo contemplado en el artículo 250 bis A . En nuestra opinión, lo que hace el legislador al aumentar la penalidad de este delito es perder de vista el hecho de que se está sancionando, por sobre cualquier conducta, el actuar de la administración pública. Con este cambio de sanciones, las hipótesis de cohecho pasivo han quedado con una penalidad por debajo de lo sancionado en los sobornos, en circunstancias de que estamos hablando de un delito que se caracteriza por la participación de los funcionarios públicos, lo que le da la connotación de delito especial.

Con esto, damos término a los capítulos introductorios sobre el cohecho y los cambios a nivel internacional de este delito. Este preámbulo es necesario poder entender los capítulos siguientes sobre el bien jurídico protegido por este delito, y la variación que podría experimentar el objeto de protección en el nuevo delito de soborno transnacional instaurado por la Convención de la OCDE.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES DEL DELITO DE COHECHO

3.1. CONCEPTO DE COHECHO

Como punto de partida, podemos decir que el cohecho se conoce comúnmente como corrupción o soborno¹³², siendo uno de los delitos más paradigmáticos de este fenómeno, junto con el tráfico de influencias¹³³. Es difícil dar un concepto unitario de este delito ya que la doctrina no ha sido uniforme en ese sentido. Este problema se produce, entre otras razones, por el hecho de que no hay consenso en la naturaleza unilateral o bilateral de este delito, como tampoco hay acuerdo en la unidad o pluralidad de bienes jurídicos protegidos. Adicionalmente, las modificaciones que ha experimentado la legislación al respecto, tampoco han ayudado a la consideración de un criterio único.

En concordancia con lo anterior, encontramos distintos autores tanto en la escena nacional como en el extranjero, que han intentado definir este delito, y como se puede imaginar no son muchos los que en definitiva lo han hecho. El mismo problema de uniformidad en la naturaleza del delito y el bien jurídico protegido es el que hace variar algunos elementos en cada concepto, además de los cambios sustanciales que en esta materia ha sufrido la legislación. Respecto de algunas definiciones del ámbito extranjero, encontramos en primer lugar, a Enrique Casas Barquero que define el delito de cohecho como “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

¹³² BULLEMORE, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. Tomo IV. Parte especial. Segunda edición, Ed. Legal Publishing. Chile, 2007. p. 173. En este mismo sentido, POLITOFF, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. Parte Especial. 2º Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2004. p. 502.

¹³³ RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. Ob. cit. p. 317.

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”¹³⁴.

Por su parte, Inmaculada Valeije Álvarez define el delito de 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, convenio que tiene por objeto la venta a cambio de un precio de 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”¹³⁵.

También encontramos en la jurisprudencia extranjera algunos intentos de definir este delito, siendo el Tribunal Supremo Español el que se ha pronunciado sobre el tema definiendo al cohecho como “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”¹³⁶. La crítica inmediata a esta definición, es que, como podemos ver, no abarca todas las hipótesis de cohecho, dejando afuera a la figura básica, el cohecho pasivo propio, en que el funcionario, a cambio de un beneficio económico realiza un acto propio de su cargo en razón del cual no debiese recibir tal incentivo.

¹³⁴ CASAS Barquero, Enrique. “Observaciones técnico jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español”. En: Oliver, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. Ob cit. p. 85. Oliver critica la definición precisando que ésta no coincidiría con el delito tipificado en el Código Penal chileno, toda vez que pone el acento en el incumplimiento por parte del funcionario de los deberes que le impone su cargo, cuando en realidad la ley se refiere a la infracción.

¹³⁵ VALEIJE, Inmaculada. “El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho”. Editorial Edersa, Madrid. 1995. p. 47.

¹³⁶ Vid. SSTS de 12 de junio de 1940, 29 de abril de 1947 y 2 de noviembre de 1962, citadas por VALEIJE, Inmaculada. “El tratamiento penal...”, ob. cit., p. 44, nota 26.

Por otra parte, en la doctrina nacional, encontramos algunos autores que, tomando los elementos y clasificación tradicionales del delito de cohecho e incluyendo nuevos elementos a la construcción dogmática del delito, generan nuevas propuestas para la definición de este éste, como es el caso de Guillermo Oliver que define el cohecho como “la conducta activa o pasiva de un funcionario publico destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario publico una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste”¹³⁷.

Como podemos ver, tanto en el extranjero como en la escena nacional ha habido intentos de definir el delito de cohecho, sin embargo, la discusión aún sigue sobre la mesa, ya que mientras la definición no recoja las modificaciones legales que el delito ha sufrido y la discusión doctrinaria acerca de la unidad o pluralidad de bienes jurídicos protegidos no se resuelva, no será posible llegar a un concepto unitario del delito en cuestión.

3.2. SUJETO ACTIVO: EL FUNCIONARIO PÚBLICO

Para definir al sujeto activo debemos entender que el delito de cohecho es un delito especial propio toda vez que para hablar de cohecho se requiere la existencia de una calidad específica en el sujeto activo, la de funcionario público.

Ahora bien, el artículo 260 del Código Penal lo define de la siguiente manera:

Art. 260. Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o

¹³⁷ OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. Ob. cit. p. 87. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 321.

dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.

En primer lugar, entendemos que existe esta definición penal de funcionario público, pero también encontramos esta figura en el derecho administrativo, el cual distingue entre “empleado” y “funcionario” otorgando a este último un grado de jerarquía mayor que en definitiva el concepto penal no aborda, haciendo igualando dichas expresiones. De esta forma la doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en considerar al concepto penal de funcionario público como una noción propia de ésta rama del derecho¹³⁸.

Para el Derecho Penal, las expresiones “empleado público” y “funcionario público” son sinónimas, aunque se advierta en el derecho administrativo la diferencia entre el primero que es un subordinado al funcionario, gozando este último a su vez de autoridad e independencia. Así, a pesar de que el artículo 260 del Código Penal señale que el concepto de funcionario público es aplicable para los efectos de los títulos IV y V del Libro II, no puede pensarse otra cosa que este mismo concepto será aplicable en otras disposiciones del Código que contemplan delitos cometidos por funcionarios públicos, ya que el concepto dado por el Estatuto Administrativo resultaría más restringido y esta misma restricción persigue fines particulares de este mismo estatuto, los cuales no tienen que ver con los perseguidos por el Derecho Penal, los cuales se encuentran orientados a la protección de un determinado bien jurídico, que en opinión de una gran cantidad de autores es el correcto funcionamiento de la administración pública, la que se encuentra directamente relacionada con la calidad específica del sujeto activo y es inseparable de ella —entendiendo que en Derecho Penal es la función

¹³⁸ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob.cit. p.123.

la que hace al funcionario- independiente la lesión de otros bienes jurídicos considerados preponderantes por el legislador¹³⁹.

El concepto de funcionario público en el Derecho Penal sería entonces un concepto funcional¹⁴⁰, es decir, que la calidad de funcionario público queda determinada por la función pública y que “abarca una infinidad de situaciones no cubiertas por la estricta regulación del Estatuto Administrativo (para el cual, p.ej., no serían funcionarios públicos los notarios ni los empleados del Conservador de Bienes Raíces)”¹⁴¹.

3.3. NATURALEZA UNILATERAL O BILATERAL DEL DELITO DE COHECHO

La discusión acerca de la naturaleza unilateral o bilateral del delito de cohecho ha sido muy importante en la doctrina extranjera y últimamente en la doctrina nacional. En el fondo, lo que se quiere desentrañar es si el delito de cohecho pasivo y activo son efectivamente dos delitos independientes o bien, si son dos caras de un mismo delito.

Parte de la doctrina postula que el cohecho tiene naturaleza bilateral ya que para su comisión se requiere la concurrencia de dos personas – el empleado publico y el particular- para efectivamente dar vida al acuerdo que consistiría en la ejecución de un acto por parte del funcionario público en el ejercicio de su cargo, y la contraprestación por éste, que sería el beneficio económico o bien mayores derechos de los que el funcionario puede percibir por tal acto. Por otra parte, está la posición que afirma que el cohecho tiene naturaleza unilateral, basándose en que el tipo se configuraría bastando sólo la solicitud de un beneficio económico o mayores derechos por parte del funcionario al particular, sin que éste último acepte; o bien la mera

¹³⁹ En este sentido, ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”. ob. cit. p. 206. y Bullemore, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. ob. cit. p. 152.

¹⁴⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”. ob. cit. p. 205.

¹⁴¹ POLITOFF, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. ob. cit. p. 487.

proposición del particular al funcionario para realizar un acto en el ejercicio de su cargo a cambio de un beneficio económico o mayores derechos, sin que el último necesariamente acepte¹⁴².

Ahora, respecto a la corriente que defiende la naturaleza bilateral del cohecho, nos encontramos con que, dentro de la doctrina italiana, esta es la posición mayoritaria. Esto es porque “entienden la corrupción como un acuerdo necesario entre un funcionario y un particular en virtud del cual el primero acepta del segundo, por un acto relativo al ejercicio de su cargo, una compensación no debida. Desde este punto de vista la acción del que recibe se muestra inseparable de la acción del que da: la una no es concebible sin la otra”¹⁴³.

Luego, respecto de la doctrina española, hoy en día, luego de la reforma legislativa sufrida por el delito de cohecho en 1944, la posición mayoritaria está conformada por aquellos autores que postulan la naturaleza unilateral del cohecho. El cambio legal antedicho creó un antes y un después en la determinación de la naturaleza unilateral o bilateral del cohecho, de hecho antes de tal cambio, el delito de cohecho no contemplaba la hipótesis de “solicitar” un beneficio económico por parte del funcionario público, ni mucho menos contemplaba el hecho de que el tipo se viera satisfecho sólo con la ocurrencia de tal conducta, no siendo necesaria la aceptación por parte del particular, todo esto en el cohecho pasivo. Ahora, en el cohecho activo ocurre algo parecido insertándose la figura de “intentar corromper” por parte del particular al funcionario, bastando tal conducta sin la aceptación de este último para que se configure el tipo. Dada la situación anterior a la reforma, no habían muchos obstáculos para decir que efectivamente el cohecho era un delito de naturaleza bilateral, toda vez que se requería de un acuerdo efectivo para que el tipo se viese satisfecho. Ahora, luego de la modificación de 1944 en adelante, la situación cambia radicalmente, siendo más los autores que califican al cohecho como un delito

¹⁴² Cfr. OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 91.

¹⁴³ OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Pág. 212.

unilateral, atendiendo las nuevas conductas tipificadas y el adelantamiento de las barreras de protección que sufre el delito respecto del bien jurídico protegido¹⁴⁴.

La situación chilena es muy similar a la española, ya que antes de la modificación introducida al delito de cohecho por la Ley N° 19.645, no se discutía el carácter bilateral del mismo¹⁴⁵, siendo necesario para la configuración del tipo el acuerdo entre funcionario y particular respecto del acto a realizar, como de la dádiva o promesa que se entregaría por éste. Luego, se incluyeron las conductas de “solicitar” por parte del funcionario público, un beneficio económico sin mediar la aceptación del particular, para que el delito se consumara; todo esto respecto del cohecho pasivo. Y en el caso del cohecho activo, se incluyó la conducta de “ofrecer”, por parte del particular, al funcionario público, un beneficio económico a cambio de la realización de un acto propio de su cargo, configurándose el tipo aunque no mediara la aceptación de éste último. Así las cosas hoy no cabría duda que la naturaleza del delito de cohecho es unilateral¹⁴⁶.

3.4. CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE COHECHO

3.4.1. Cohecho pasivo y activo

Tradicionalmente, el delito de cohecho se clasifica en cohecho pasivo y cohecho activo, todo esto en relación a la concurrencia de dos conductas de distinta naturaleza y significación jurídica en una acción: la del particular que corrompe al

¹⁴⁴ Cfr. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 215- 217. En el mismo sentido, Muñoz Conde, Francisco. “Derecho Penal”, parte especial. 11ª edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. Pág. 862. No obstante, aún existen ciertos autores que defienden la naturaleza bilateral del delito de cohecho: Véase Rodríguez Puerta, Mª José. “El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios”. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1999. Pág. 91.

¹⁴⁵ Véase LABATUT, Gustavo. “Derecho Penal”, Tomo II, 7ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2000. P. 10. y Etcheberry, Alfredo. ob. cit. p. 252.

¹⁴⁶ En este sentido, OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 92. y Rodríguez, Luis; Ossandón, Mª Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 328.

funcionario, calificada como “cohecho activo”, y la del funcionario que a su vez se deja corromper, llamada “cohecho pasivo”¹⁴⁷. Nuestro Código se refiere a ambas hipótesis, denominándose al cohecho activo también con el nombre de “soborno”. El origen de esta clasificación, se da en España, cuando, antes de la modificación legal del delito de cohecho en 1944, se sancionaba al funcionario que recibía o aceptaba dádivas y por su parte al particular que corrompía al funcionario, ofreciéndolas. Luego de la modificación legal antes mencionada, la clasificación presentó algunos problemas, ya que además de mantener las sanciones antedichas, se tipificaron además las conductas de solicitar dádivas por el funcionario al particular, y a su vez la del particular que aceptaba entregar estas dádivas solicitadas¹⁴⁸. Rodríguez y Ossandón nos explican lo que ocurrió también en el caso de Chile cuando “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 publico 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”¹⁴⁹.

De esta manera, podemos ver que la clasificación tradicional del delito de cohecho presenta problemas de aplicación, ya que responde a una realidad que no es posible apreciar en la actualidad. Es por esto que algunos autores han propuesto una nueva clasificación centrada básicamente en los sujetos del delito en sí: cohecho del funcionario público y cohecho del particular, distinguiendo en uno y otro caso entre comportamientos activos y pasivos¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Cfr. LABATUT, Gustavo. “Derecho Penal”, ob. cit. p. 90. En el mismo sentido, Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal”. ob. cit. p. 252. Rodríguez, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 322. y Muñoz Conde, Francisco. “Derecho Penal. ob. cit. p. 862.

¹⁴⁸ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 322. En el mismo sentido, Oliver, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 88.

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 323.

¹⁵⁰ Ídem. En el mismo sentido, OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 88.

Dentro de los casos de cohecho pasivo, se admite otra clasificación, atendiendo ahora al acto mismo que se quiere obtener. Será cohecho pasivo propio cuando se trate de un acto que involucre la realización de un acto propio del cargo del funcionario público, y cohecho pasivo impropio, cuando se pretenda conseguir la comisión de un delito funcionario¹⁵¹. Como veremos más adelante, esta clasificación también presenta algunos problemas de aplicación, ya que, en primer lugar, se estima que la propia terminología sugiere que el cohecho propio y es un verdadero cohecho y el impropio no lo sería¹⁵², y en segundo lugar, porque para algunos autores, el sentido de la clasificación dependería de la forma en la que el cohecho se encuentra tratado en las distintas legislaciones¹⁵³. Guillermo Oliver da el ejemplo de España, en donde “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”¹⁵⁴, y Edgardo Donna señala el hecho de que la ley argentina, no obstante aceptar la clasificación que distingue entre cohecho pasivo y activo, no acepta la que distingue entre pasivo propio e impropio¹⁵⁵.

3.4.2. Cohecho pasivo propio

Se encuentra tipificado en el artículo 248 del Código Penal, el que establece:

Art. 248. El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados en 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, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficios solicitados o aceptados.

¹⁵¹ OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 90. En el mismo sentido, Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal”. ob. cit. p. 253.

¹⁵² Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob.cit. p.326.

¹⁵³ OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 89.

¹⁵⁴ OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 90.

¹⁵⁵ DONNA, Edgardo A. “Delitos contra la administración pública”. 1^a edición. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2002. p. 210.

Atendiendo al verbo rector, las conductas exigidas en este delito son las de solicitar o aceptar, por parte del funcionario público una oferta de dinero u otros beneficios económicos, hechas por un tercero¹⁵⁶. No es necesario que la petición se formule expresamente, sino que basta con un medio idóneo para entender el mensaje. Lo mismo ocurre con la aceptación¹⁵⁷.

Respecto al tercero que ofrece, éste lo hace con el objeto de que se ejecute o se haya ejecutado por el funcionario público, un acto propio de su cargo. Sin embargo, si el funcionario habiendo solicitado o aceptado, no realiza la conducta antes descrita, el delito se configura de igual modo. Este rasgo del delito de cohecho pasivo ha hecho concluir a los autores que se trata de un delito de mera actividad¹⁵⁸, es decir, “el delito en estos casos se consume con la simple declaración de voluntad del funcionario. En el primer caso se adelantan las barreras de protección al bastar con la simple petición del funcionario, sin que sea necesario que el particular acepte para que el delito se consume. En el segundo caso el delito también es de simple actividad al consistir en la aceptación del ofrecimiento de un tercero (...). En los delitos de mera actividad el tipo sólo requiere una determinada conducta, activa o pasiva, sin necesidad de un ulterior resultado distinto de aquella”¹⁵⁹. Además es un delito de peligro abstracto¹⁶⁰, toda vez que no es necesario que el bien jurídico efectivamente se lesione para que la conducta sea punible, sino que sólo basta la puesta en peligro del mismo. Otros autores como Guillermo Oliver lo enfocan de manera distinta toda vez que señalan que cuando se trate del cohecho del funcionario público, será un delito de lesión o daño efectivo para el bien jurídico protegido, ya que si el funcionario solicita o acepta un beneficio económico o mayores derechos que los que corresponden en razón de su cargo, ya estará impidiendo que el servicio que se presta a todos los ciudadanos se desenvuelva de manera correcta (suponiendo que la prestación correcta del servicio sería el bien jurídico protegido), contraponiéndolo al cohecho del particular (soborno), que sería

¹⁵⁶ Cfr. POLITOFF, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. ob. cit. p. 502.

¹⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob.cit. p.331.

¹⁵⁸ BULLEMORE, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. ob. cit. p. 174.

¹⁵⁹ OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 259.

¹⁶⁰ BULLEMORE, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. ob. cit. p. 174.

realmente un delito de peligro para el bien jurídico protegido, toda vez que el ofrecimiento de un beneficio económico por parte del tercero al funcionario público no lesiona realmente el bien jurídico mientras éste último no acepte o bien ofrezca realizar el acto en cuestión para que así el particular pueda consentir en dar. Finalmente, la lesión dependerá del funcionario público¹⁶¹.

Además, se ha dicho que el cohecho es un delito formal, en el que no se admiten etapas previas de desarrollo, se castiga lo que antes de la modificación legal introducida por la Ley N° 19.645 era una proposición para el cohecho, la cual no contemplaba sanción¹⁶². “No caben, por tanto, las formas imperfectas de ejecución. En el caso en que el funcionario sea sujeto pasivo del ofrecimiento, el delito se consuma con la aceptación o recepción de la dádiva, pero no caben las formas imperfectas de ejecución: o las acepta, y entonces el delito se consuma, o no, y entonces sólo hay un cohecho activo consumado. El del particular”¹⁶³.

Respecto al tipo subjetivo, sólo se admite la punibilidad en el caso de comisión dolosa y con dolo directo¹⁶⁴, “(...) pues el funcionario debe ser consciente del carácter y finalidad de la solicitud, aceptación o recepción de la dádiva o presente y querer actuar a pesar de ello”¹⁶⁵.

En relación a los mayores derechos señalados por razón del cargo o el beneficio económico ofrecidos por el tercero al funcionario o solicitados por este último, se ha dicho que, en primer lugar, la expresión “mayores derechos señalados por razón del cargo”, se refiere a “(...) todos los casos en que los funcionarios están facultados para cobrar una suma de dinero por el servicio que prestan al público”¹⁶⁶. Estos

¹⁶¹ Cfr. OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 95.

¹⁶² Cfr. POLITOFF, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. ob. cit. p. 503.

¹⁶³ MUÑOZ Conde, Francisco. “Derecho Penal” ob. cit. p. 862.

¹⁶⁴ BULLEMORE, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. ob. cit. p. 174...

¹⁶⁵ MUÑOZ Conde, Francisco. “Derecho Penal”. ob. cit. p. 865.

¹⁶⁶ RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob.cit. p.332.

funcionarios se van a regir por aranceles que fijan un máximo a pagar por los servicios que realizan, en el caso en que este funcionario acepte o solicite una suma mayor, estará cometiendo cohecho. Luego, respecto del beneficio económico, es importante destacar que anterior a la modificación legal introducida por la Ley N° 19.645, se generaba discusión en torno a este tema¹⁶⁷, ya que en vez del término “beneficio económico”, el artículo 248 contemplaba la expresión “promesa o dádiva”, lo que generaba dudas respecto a la naturaleza de ésta y abría la posibilidad de incluir hipótesis en las cuales por ejemplo, el funcionario exigía una prestación de carácter sexual por la realización del acto propio de su cargo, hipótesis que hoy, luego de la modificación mencionada y por el reemplazo de los términos “dádiva o promesa”, cabe en el delito de abuso contra particulares contemplado en el artículo 258 del Código Penal¹⁶⁸. En opinión de algunos autores, aún es discutible si el beneficio económico debe traducirse sólo en una suma de dinero o bien sea reducible a un valor pecuniario¹⁶⁹.

Muy relacionado con el beneficio económico, se encuentra el llamado principio de “adecuación social”, que tiene que ver con la fuerza motivante del valor del beneficio económico que el funcionario acepta o solicita. Sin duda este es un elemento muy interesante para analizar, sobretodo respecto de la configuración práctica del tipo, cuando es el tribunal el que califica el delito, determinando si existe o no como tal. La doctrina nacional no se ha manifestado sobre el tema de la cuantía, sin embargo, algunos autores extranjeros lo han hecho¹⁷⁰, generándose discusiones que giran alrededor de básicamente dos puntos: si efectivamente cualquier beneficio sin importar su cuantía es suficiente para la configuración del tipo o queda al margen de él cuando es socialmente aceptado, cuándo se entiende que es socialmente aceptado.

¹⁶⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”. ob. cit. p. 254.

¹⁶⁸ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob.cit. p.333.

¹⁶⁹ Cfr. OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 98. Este autor se inclina por la segunda postura, dando como ejemplo la solicitud u ofrecimiento de regalar un cuadro valioso o condonar una deuda del funcionario, cuyo acreedor es el particular.

¹⁷⁰ Ídem.

Sobre el primer punto existen autores que defienden la postura que consiste en la irrelevancia de la cuantía del beneficio, como Gimeno Lahoz y Corbella Herreros quienes postulan que “respecto al quantum, debe destacarse que el CP 95 nada fija al respecto, por lo que es indiferente la cuantía de la dádiva o presente (...)”¹⁷¹, sin embargo, otros autores la autora Inés Olaizola nos dice que “(...) toda la doctrina afirma que no se puede penar la concesión u oferta de determinadas ventajas de valor insignificante o adecuadas socialmente”¹⁷². Además se encuentra una postura intermedia que postula que para la configuración del tipo la cuantía es irrelevante, ya que lo que realmente importa es que ésta sea un estímulo que motive realmente al funcionario en su actuación¹⁷³.

Ahora, se presentan algunos problemas respecto de la determinación de lo que se debe considerar “insignificante”. La doctrina alemana ha desarrollado ampliamente el tema, destacándose la distinción entre “donaciones incongruentes” y “donaciones insignificantes” de Gribl. Este autor señala que las primeras están ligadas a un acto oficial pero se entregan por motivos distintos a la prestación de ese acto. Por ejemplo, un funcionario de Carabineros asiste a una persona en un accidente, y esto le salva la vida; el particular le entrega luego un obsequio, pero que será por una prestación distinta del acto mismo de socorrer al particular. Este obsequio se entrega después del acto mismo y sin mediar promesa, lo cual excluiría a la conducta del tipo¹⁷⁴. Por otro lado, las “donaciones insignificantes” son aquellas que se entregan directamente en relación con el acto oficial realizado y por condición del mismo, pero su escaso valor no motiva al funcionario a actuar irregularmente, en el fondo, efectivamente se produce un ataque al bien jurídico protegido, sin embargo, no es relevante en el ámbito social ni en

¹⁷¹ GIMENO Lahoz, Ramón y Corbella Herreros, Teresa. “Comentarios sobre el delito de cohecho”. En VV.AA., Delitos contra la administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución, coordinado por C. Ganzenmüller, J.F. Escudero y J. Frigola. Editorial Bosch. Barcelona, 1998. p. 77. En: Oliver, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 98.

¹⁷² OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 338.

¹⁷³ Cfr. MUÑOZ Conde, Francisco. “Derecho Penal”. ob. cit. p. 864.

¹⁷⁴ Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”. ob. cit. p. 256.

la esfera personal del funcionario público, ya que no lo induce a nada, por tanto, no se justifica la acción del derecho penal¹⁷⁵.

Respecto a cuándo se entiende que un beneficio económico o regalo es socialmente aceptado y no requiere, por tanto, la actuación del derecho penal, sólo cuando se trate de la realización de actos propios del cargo por el funcionario público, y no de la comisión de delitos funcionarios¹⁷⁶, ya que en este caso, no se puede suponer que la sociedad toma en cuenta más el valor insignificante de la contraprestación en comparación con el desvalor de la acción realizada, es decir, la sociedad no justificaría bajo ningún criterio, la comisión de un delito, por mínima que sea la cuantía del beneficio económico ofrecido por él. En conclusión, podrá operar el principio de adecuación social cuando, además de existir un beneficio económico insignificante ofrecido por el particular, la acción requerida sea la realización de un acto propio del cargo del funcionario público, lo que a contrario sensu se traduce en que cuando este principio no pueda operar (el beneficio económico no es insignificante o bien se trata de la realización de un delito funcionario), la acción se considerará típica.

Otro elemento necesario para realización del delito de cohecho es la acción que debe realizar el funcionario público que acepta o solicita el beneficio económico ofrecido por el tercero: un acto propio de su cargo. Existe discusión acerca de las actuaciones que deben considerarse comprendidas en esta expresión. Algunos autores postulan una concepción más restringida de la misma, es decir, actos que corresponden sólo al ejercicio de las funciones públicas, dejando fuera aquellos que facilitan la comisión de estos mismos, sin pertenecer a la esfera de competencia del funcionario¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Cfr. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 343.

¹⁷⁶ Cfr. OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 99.

¹⁷⁷ Cfr. CORDOBA, Juan. “El cohecho de funcionarios públicos”. En VV.AA., Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria. Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona, 1983. p. 178. citado por OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 100.

La doctrina mayoritaria postula una concepción más bien amplia sobre la expresión antedicha, comprendiéndose en ésta, actos que pertenecen en sí mismos al ejercicio de la función pública y aquellos que tiene relación con ella, facilitando la realización de actos que forman parte de la esfera de competencia del funcionario público, sin necesidad de pertenecer éstos a aquella, bastando sólo una competencia genérica del funcionario respecto de ellos¹⁷⁸.

Respecto de la aplicación de uno u otro criterio, Luis Rodríguez y María Magdalena Ossandón, explican que mientras la concepción amplia podría ser aplicada al caso español -dada la redacción de los artículos del Código Penal que utilizan la expresión “relativo” al ejercicio del cargo-, en Chile se aplicaría la concepción más bien restringida, toda vez que el articulado relativo al delito de cohecho utiliza la expresión actos “propios” del cargo, entendiéndose por propios sólo los que pertenecen a la esfera de competencia del funcionario público¹⁷⁹.

3.4.3. Cohecho pasivo propio agravado

El artículo 248 bis del Código penal tipifica y sanciona este delito de la siguiente manera:

Art. 248 bis. El empleado público que solicitare o aceptare 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 por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, y además, con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado. Si la infracción al deber del cargo consiste en

¹⁷⁸ Cfr. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 273. En el mismo sentido, Rodríguez Puerta, M^a José. “El delito de cohecho: problemática...”. ob. cit. p. 204.

¹⁷⁹ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 338. en el mismo sentido, Oliver, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 101.

ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente.

El primer rasgo que salta a la vista en este tipo penal, es que se sanciona con penas más duras al empleado público que acepta o solicita un beneficio económico a cambio de omitir un acto propio de su cargo o realizar un acto con infracción a los deberes del mismo, en comparación con el tipo establecido en el artículo 248 del Código Penal -cohecho pasivo propio-. Punto seguido, se imponen penas superiores para aquel empleado público que ejecute un acto infringiendo los deberes de su cargo y que esa infracción consista, a su vez, 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. Todo esto se encuentra directamente relacionado con el principio de adecuación social que mencionábamos a propósito del cohecho pasivo propio, el que en este caso indica que la conducta consistente en omitir un acto propio del cargo, o bien, ejecutar el acto con infracción a los deberes del mismo a cambio de un beneficio económico, siempre cabrá en el tipo no en consideración a la cuantía de éste -que puede ser mínima-, sino en consideración a la acción misma, ya que ésta constituye la finalidad de la aceptación o solicitud de un beneficio económico por parte del empleado público. Al respecto señala Oliver: “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”¹⁸⁰.

¹⁸⁰ OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 102.

Respecto de la penalidad del delito, también se ha dicho que en este caso las barreras de protección se adelantarían a la punibilidad de la mera tentativa¹⁸¹, todo esto en el campo del *iter criminis*. Antes de la reforma que introdujo la Ley N° 19.645 al delito de cohecho, la punibilidad de la mera tentativa era inexistente, toda vez que se trataba de un delito formal, que no admitía etapas previas de desarrollo¹⁸². Y no es sólo en este aspecto que las barreras de protección del bien jurídico se adelantan, también encontramos otras vías en las que esto ocurre, como el caso de la instigación para cometer el delito, a la que se le aplica la misma pena que para la autoría¹⁸³; o bien cuando hablamos del carácter de delito de mera actividad del cohecho, ya que en este caso no se requiere resultado para que se apliquen las penas del Código Penal, bastando sólo el despliegue de la acción tipificada; en este sentido Rodríguez y Ossandón postulan que “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”¹⁸⁴. Un último aspecto en el que se puede reconocer un adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico, es que no se requiere la lesión del mismo para aplicar las sanciones establecidas en la ley, toda vez que sería suficiente para esto último sólo la puesta en peligro del mismo, es decir, estaríamos en presencia de un delito de peligro¹⁸⁵.

Encontramos otros aspectos en este delito que es necesario mencionar y diferenciar del tipo básico de cohecho pasivo propio. En primer lugar, debemos decir que en este caso, el verbo rector es omitir o haber omitido, esto se refiere al funcionario público que a cambio de un beneficio económico, omite o ha omitido un acto propio de su cargo. A propósito de esto último, se puede decir que a la expresión “acto propio de su cargo” se le pueden aplicar las mismas consideraciones tratadas en el apartado sobre cohecho pasivo propio. Ahora, respecto a la omisión de un acto propio del cargo, podemos encontrar a algunos autores que se refieren a ésta como

¹⁸¹ Cfr. BULLEMORE, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. ob. cit. p. 175.

¹⁸² Cfr. POLITOFF, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. ob. cit. p. 503.

¹⁸³ Cfr. BULLEMORE, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. ob. cit. p. 175.

¹⁸⁴ RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 353.

¹⁸⁵ Cfr. BULLEMORE, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. ob. cit. p. 175.

una conducta más grave que la del empleado que pretende conseguir un beneficio económico a través de la ejecución de un acto propio de su cargo, ya que con la consecución de un beneficio económico a cambio de una omisión de un acto propio de su cargo, el funcionario está dejando de cumplir con sus deberes deliberadamente, mientras que en el cohecho pasivo propio no deja de hacerlo¹⁸⁶. Analizadas desde el punto de vista del tipo subjetivo, las expresiones “para omitir o haber omitido”, requerirán para verlo satisfecho, de la concurrencia de dolo directo en el sujeto activo, ya que aquél que solicita o acepta un beneficio económico para omitir o ejecutar o por haber omitido o ejecutado actúa necesariamente con dolo directo, no cabiendo en las expresiones la posibilidad de considerar en ellas dolo eventual¹⁸⁷.

Además de la omisión del acto propio del cargo por parte del funcionario público, el tipo contempla también la ejecución de un acto con infracción a los deberes de su cargo, y esta conducta se ve satisfecha “cuando con su realización contraviene las disposiciones que regulan el desarrollo de las funciones propias del cargo o servicio al que pertenece”¹⁸⁸. Y en esta misma infracción encontramos una especialmente penada por la ley, se trata de aquél funcionario público que ejerce influencia en otro empleado público, con el fin de obtener de éste una decisión que beneficie a un tercero interesado. En este sentido, entendemos la expresión “ejercer influencia” comprende status superior del empleado que la ejerce, respecto del otro, por lo que no puede caber en el tipo una conducta que contenga una mera sugerencia o solicitud. Algunos autores nacionales entienden que el artículo 248 bis inciso 2º del Código Penal, incluye el delito de tráfico de influencias, establecido en el artículo 240 del mismo cuerpo legal, como un modo de cometer cohecho. Sin embargo, otros autores como Oliver, explican que “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

¹⁸⁶ Cfr. OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 102. En el mismo sentido, Rodríguez, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 331. y Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal”. ob. cit. p. 255.

¹⁸⁷ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 340. En el mismo sentido, Bullemore, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. ob. cit. p. 175.

¹⁸⁸ OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 103.

que la persona beneficiada con la decisión del empleado sólo pueda ser el funcionario que ejerce influencia en éste o en alguna de las personas vinculadas con él, mencionadas en los incisos 3º y 4º del art. 240¹⁸⁹.

Algunos autores hacen hincapié en el hecho de que el legislador sólo haya incluido en el tipo las conductas de ejecutar u omitir, pero no se haya puesto en el caso de que este funcionario retarde el acto propio de su cargo a cambio de un beneficio económico. En muchos casos se dice que esta conducta cabrá en el tipo, siempre que se considere que se ha ejecutado un acto por el funcionario público con infracción a los deberes de su cargo, sin embargo, esto no ocurrirá cuando el funcionario goza de un plazo máximo para la realización del mismo. En este caso se ha dicho por algunos autores que esta conducta sería atípica, existiendo una laguna de punición¹⁹⁰.

Como vimos, en el inciso 1º del artículo 248 bis, se tipifican las conductas de “ejecutar” -con infracción a los deberes del cargo- y “omitir”, castigándose de la misma manera ambas, excepto en el caso del inciso 2º del mismo artículo, que contempla una pena mayor para el funcionario ejecuta un acto con infracción a los deberes de su cargo, siempre que esta última consista en ejercer influencia en otro empleado público para beneficio de un tercero interesado.

En España, en cambio, la situación es muy distinta, ya que se considera que el Código Penal de 1995 que establece el tipo que considera la abstención por parte del funcionario público para realizar un acto propio de su cargo, crea una figura privilegiada de éste, al contemplar una pena menor que la que establece para el funcionario que ejecuta un acto infringiendo los deberes de su cargo. Al respecto, Inés Olaizola critica la legislación española, ya que la divergencia entre la ejecución y omisión de un acto en cuanto a la pena es ilógica, sobretudo cuando se considera el bien jurídico

¹⁸⁹ OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. Ob. cit. p. 104.

¹⁹⁰ Cfr. OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 103. En el mismo sentido, Rodríguez, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 342.

protegido por el delito de cohecho: “se ve que las condiciones básicas de funcionamiento que la Administración – bien jurídico protegido por el delito de cohecho según esta autora- necesita para prestar un buen servicio a los ciudadanos se perturban de la misma manera cuando el funcionario se compromete a cambio de una dádiva, a realizar un acto injusto – que sería el acto realizado con infracción a los deberes propios del cargo en España, a diferencia de lo que se entiende por injusto en Chile-, como cuando se compromete a omitir un acto que debiera realizar”¹⁹¹.

3.4.4. Cohecho pasivo impropio

El Código Penal establece el delito de cohecho pasivo impropio su el artículo 249 de la siguiente manera:

Art. 249. El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para si o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con la pena de inhabilitación especial perpetua e inhabilitación absoluta temporal, o bien con inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triplo del provecho solicitado o aceptado.

Lo establecido en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público, la que no será inferior, en todo caso, a la de reclusión menor en su grado medio.

El artículo sanciona al empleado publico que solicita o acepta recibir un beneficio económico, sin embargo, en este caso el beneficio se entrega o solicita a cambio de la comisión de alguno de los delitos contemplados en el Título V o en el párrafo 4 del Título III del libro segundo del Código Penal, todo sin perjuicio de la pena asignada al delito cometido por el funcionario publico.

¹⁹¹ OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 298.

Desde el punto de vista del funcionario, el cohecho tiene una modalidad pasiva -aceptar recibir- y activa -solicitar-, y se dice que es impropio, porque tiene por objeto la comisión de un delito¹⁹².

Respecto al verbo rector, las conductas penadas son las mismas que en el cohecho pasivo propio, es decir, solicitar o aceptar recibir. Sin embargo, respecto del principio de adecuación social, se aplican los mismos criterios que en el caso del cohecho pasivo agravado. “Es decir, no procede aplicar el 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”¹⁹³. En el fondo, la sociedad no puede aceptar de ninguna manera que los particulares entreguen beneficios económicos a los funcionarios para que estos cometan delitos.

Respecto del iter criminis, es necesario decir que este tipo considera a como un tipo penal autónomo a la mera proposición para cometer uno de los delitos mencionados en el artículo 249 del Código penal¹⁹⁴, proceso que se completa a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.645. Anterior a estas modificaciones, se exigía para la consumación del cohecho, realmente se haya llevado a cabo por el funcionario público el delito ministerial en cuestión, siendo lo anterior a esa comisión, una conspiración impune, y en el caso en que el delito admitiera tentativa o frustración, el cohecho se daría en una de esas etapas en caso de que la ejecución del delito ministerial quedara en una de ellas¹⁹⁵.

En cuanto a la penalidad del delito de cohecho impropio, se dice que éste sería un delito de penalidad compuesta, “se impone la pena que al respectivo delito corresponde, y además, las penas de inhabilitación y multa, como sanción por el “desvalor delictivo” adicional que significa la corrupción”¹⁹⁶. Por lo que para calificar el delito hay que entender que el funcionario comete en este caso dos: el de cohecho y el

¹⁹² ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”. ob. cit. p. 254.

¹⁹³ OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 105.

¹⁹⁴ Cfr. BULLEMORE, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. ob. cit. p. 175.

¹⁹⁵ Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”. ob. cit. p. 254.

¹⁹⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”. ob. cit. p. Pág. 255.

delito ministerial que se busca con el mismo, siendo ambos objeto de la sanción a aplicar por el juzgador¹⁹⁷.

Ahora, en lo que se refiere a la penalidad del delito ministerial cometido por el funcionario, resultan importantes las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.645 y N° 19.829. En cuanto a la primera de ellas, podemos decir que para la determinación de la pena aplicable al funcionario que cometía un delito de los mencionados en el artículo 249, se hacía necesario recurrir a la pena privativa de libertad que establecía el artículo 250 del Código Penal para el cohecho del particular relacionado con el cohecho pasivo agravado del artículo 248 del mismo cuerpo legal, la que resultaba ser reclusión en su grado medio. En el caso de que la pena establecida por la comisión del delito ministerial fuera inferior a la ya señalada, el artículo 249 obligaba a aplicar la pena privativa de libertad ya señalada¹⁹⁸. Todo esto se ve modificado por la Ley N° 19.829, que atribuye, sin necesidad de recurrir a otros preceptos, la pena que establece el artículo 249 al funcionario público que comete cohecho impropio, sin perjuicio de la pena establecida para el delito ministerial cometido por éste mismo, la que no puede ser inferior a reclusión menor en su grado medio¹⁹⁹. Politoff, Matus y Ramírez dicen al respecto que “al parecer, aquí la expresión “sin perjuicio” parece jugar un rol de cláusula de subsidiariedad expresa, pero solo respecto de las penas corporales aplicables al sobornado”²⁰⁰, siendo éste un marco delimitador de la pena en abstracto que ayudará al juzgador en la determinación de la misma²⁰¹.

Resulta muy interesante que el artículo 249 del Código Penal sólo se ponga en el caso en que el funcionario público solicite o acepte recibir un beneficio económico para cometer uno de los delitos mencionados en el mismo y no que lo solicite o acepte

¹⁹⁷ Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”. ob. cit. p. 255.

¹⁹⁸ Cfr. OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 106.

¹⁹⁹ Ídem.

²⁰⁰ Cfr. POLITOFF, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. ob. cit. p. 504.

²⁰¹ Cfr. OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 106.

por haberlo cometido²⁰². En este caso el legislador consideraría más grave el hecho de que un funcionario público acepte o solicite un beneficio económico por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, conducta cuya penas son suspensión y multa, o por haber omitido un acto propio de su cargo, o haber ejecutado un acto con infracción a los deberes propios de su cargo, conductas cuyas penas son inhabilitación, multa y pena privativa de libertad, que la conducta del funcionario que, habiendo cometido un delito ministerial, acepte o solicite un beneficio económico a cambio; todo esto en consideración a que esta última conducta no se encuentra tipificada, y por tanto, no tiene una pena establecida, por lo que sería impune²⁰³. Sin embargo, podría atribuírsele una pena si en el caso concreto se estima que el funcionario ha ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo o bien omitido un acto propio de su cargo, siendo aplicables las penas del artículo 248 bis del Código Penal²⁰⁴.

En España, el tipo “cohecho impropio” tiene un significado distinto, en cuanto se dice que el cohecho propio se configuraría cuando el objeto mismo del delito constituya un acto injusto, sin importar si el acto realizado por el funcionario público es uno propio de su cargo. A su vez, en el caso del cohecho impropio, se dice que éste se configuraría cuando se persiga la obtención de un acto justo, nuevamente, sin consideración a si éste se encuentra o no dentro de la esfera de competencia del funcionario²⁰⁵. No obstante lo anterior, encontramos algunos autores como Inés Olaizola, que la distinción nace de la necesidad de diferenciar las penas en una cuestión que no la merece, toda vez que el legislador habría ocupado dos expresiones distintas para la misma clase de actos, otorgándoles penas distintas, basado sólo en la motivación de incluir un tipo que abarcara la solicitud de un beneficio económico por parte del funcionario público por un acto ya realizado²⁰⁶.

²⁰² Cfr. POLITOFF, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. ob. cit. p. 504

²⁰³ RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 344. En el mismo sentido, Oliver, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 105.

²⁰⁴ Ídem

²⁰⁵ RODRÍGUEZ Puerta, María José. “El delito de cohecho: problemática...”. ob. cit. p. 155.

²⁰⁶ Cfr. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 304.

3.4.5. Cohecho activo o soborno

Este delito se encuentra tipificado en el artículo 250 del Código Penal que establece:

Art. 250. El que ofreciere o consintiere dar 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 señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.

Tratándose del beneficio ofrecido en relación con las acciones u omisiones del artículo 248, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en su grado mínimo.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido, en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido. En estos casos, si al sobornante le correspondiere una pena superior por el crimen o simple delito de que se trate, se estará a ésta última.

En primer lugar, se emplea la denominación de cohecho activo para referirse a la intervención del particular en el delito de cohecho, que es quien en definitiva ofrece o consiente en entregar el beneficio económico al funcionario público, en provecho de

éste o un tercero, para que cometa un delito funcionario. Este delito también lleva el nombre de “soborno” y al cohechador se le llama también “sobornante”²⁰⁷. Manfroni ha dicho que al respecto que el delito de soborno “Se produce cuando un particular otorga a un funcionario un beneficio dirigido a conseguir que el funcionario haga o deje de hacer algo correspondiente a su actividad oficial”²⁰⁸.

Las conductas aquí penadas son ofrecer -modalidad activa-, y consentir en dar -modalidad pasiva-, no se requiere que el ofrecimiento sea expreso, sino que bastaría para la configuración del delito, que el particular realice una conducta que signifique inequívocamente que está ofreciendo al funcionario un beneficio económico. Lo mismo ocurre con la conducta de consentir en dar, ya que no se requiere un comportamiento explícito por parte del particular para que el delito se vea configurado. No obstante lo anterior, se castiga más severamente a aquél particular que ofrece el beneficio que al que consiente en darlo, y las penas varían de intensidad según se trate de las figuras establecidas en los artículos 249, 248 bis y 248 del Código Penal, yendo de las más graves a las menos respectivamente²⁰⁹.

Ahora, respecto de la aplicación del principio de adecuación social, es importante precisar que éste servirá para excluir conductas delictivas sólo en los casos aplicables al artículo 248 del Código Penal, y no en los casos de los artículos 248 bis y 249, “porque lo impide la finalidad que debe tener el ofrecimiento o el consentimiento en dar el beneficio económico. La sociedad puede estimar adecuado o tolerar, bajo ciertas circunstancias, que los particulares entreguen a los funcionarios beneficios porque han cumplido con su deber o para que lo cumplan, pero no resulta aceptable para la misma sociedad que esos beneficios se entreguen para que los empleados no

²⁰⁷ Cfr. BULLEMORE, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. ob. cit. p. 175. En el mismo sentido, Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal”. ob. cit. p. 257.

²⁰⁸ MANFRONI, Carlos. “Soborno Transnacional”. 1° edición. Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1998. Pág. 21.

²⁰⁹ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 348.

cumplan su deber o como recompensa por haber dejado de cumplirlo, o para que cometan delitos en el ejercicio de sus cargos”²¹⁰.

Resultan interesantes los problemas que presenta este delito en relación con su punibilidad: en primer lugar, según algunos autores se puede ver una clara infracción al principio de proporcionalidad, que tiene que ver con la alteración de las reglas de autoría y participación y la diferencia existente en las penas aplicadas al particular que ofrece o consiente en dar un beneficio económico al funcionario que cometa algunos de los delitos mencionados en el artículo 249 del Código Penal y la pena que se aplica al empleado que solicita o acepta recibir un beneficio económico para cometer alguno de estos delitos, sin que finalmente lo cometa: para el particular la pena sería, según el inciso primero del artículo 250, de multa e inhabilitación, además de una pena privativa de libertad. En tanto que al funcionario recibiría sólo penas de multa e inhabilitación, ya que para ser merecedor de la pena privativa de libertad, debería cometer el delito en cuestión, todo esto según el artículo 249. Así resulta inaceptable que la ley le atribuya al particular el deber de respetar y ser fiel a la Administración Pública, ya que en definitiva no se encuentra obligado a cumplir, recayendo penas más benignas sobre quien sí se encuentra obligado. De esta, se ha sugerido la interpretación restrictiva del inciso tercero del artículo 250, aplicando las penas privativas de libertad sólo en el caso en que el funcionario haya cometido el delito ministerial en cuestión²¹¹.

Antes de la modificación introducida por la Ley N° 20.341 del año 2009, algunos autores que criticaban el inciso final del artículo 250 del Código Penal, en la parte que establecía que el particular no podría ser sancionado adicionalmente por la responsabilidad que le hubiere cabido en el crimen o simple delito cometido por el funcionario, es que al parecer se producía una confusión en la ley dada por la agravación de las penas, medida que en definitiva permitía situaciones como por ejemplo la aplicación de una pena más benigna a aquél que otorga un beneficio

²¹⁰ OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. Pp. 107-108.

²¹¹ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 350. en el mismo sentido, Oliver, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 109.

económico a un funcionario público para torturar, que a aquél que tortura sin mediar este beneficio, lo que constituía una paradoja²¹², producto de la confusa redacción que para algunos autores era la del artículo 250 del Código Penal. Sin embargo, esta situación se ve resuelta con la modificación antes mencionada que contempla la pena para el sobornante en el crimen o simple delito de que se trate, cuando ésta sea superior.

Respecto del tipo subjetivo, se ha dicho que el sujeto activo en este caso debe actuar con dolo directo. No se puede aceptar una hipótesis de dolo eventual teniendo en consideración las conductas realizadas y la finalidad buscada por el particular, solicitar o consentir en dar un beneficio económico para que el funcionario ejecute u omita ciertos actos o por los que ya realizó u omitió²¹³.

3.4.6. Figura privilegiada del cohecho del particular

Se encuentra establecida por el artículo 250 bis del Código Penal que reza:

Art. 250 bis. En los casos en que el delito previsto en el artículo anterior tuviere por objeto la realización u omisión de una actuación de las señaladas en los artículos 248 ó 248 bis que mediare en causa criminal a favor del procesado, y fuere cometido por su cónyuge, por alguno de sus ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, por un colateral consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive, o por persona ligada a él por adopción, sólo se impondrá al responsable la multa que corresponda conforme las disposiciones antes mencionadas.

²¹² Cfr. POLITOFF, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. ob. cit. p. 506. En el mismo sentido, Bullemore, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. Tomo ob. cit. p. 175.

²¹³ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 350. en el mismo sentido, Oliver, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 109.

Respecto de esta figura podemos decir que se trata de una modalidad especial, que requiere, para verse satisfecha, que el soborno se realice en causa criminal y a favor de los parientes señalados por el artículo 250 bis. Si estos requisitos se cumplen, se aplicará una pena inferior a la contemplada en el artículo 250 del Código, la que consiste en solamente multa. Ahora, respecto al fundamento de esta figura privilegiada de cohecho del particular, podemos encontrar dos posiciones que a continuación exponemos.

Está aquella que postula que el fundamento se encuentra en la culpabilidad, casos en que existen lazos que unen al sobornante con el imputado o acusado en la causa criminal y que por razón de ellos, para el legislador resulta menos grave infringir la ley y no actuar conforme a derecho²¹⁴. Esto llevaría a que si una persona comete el delito de soborno a favor de otra mediando causa criminal y ésta última es su hermana, pero el sobornante no sabe del vínculo que los une, no se aplicará la pena del artículo 250 bis, sino la del artículo 250, ya que, al fundar la atenuación de la pena en la culpabilidad se requiere un conocimiento del vínculo por parte del que comete el delito, de modo que el vínculo familiar sea el motor de su actuar.

La otra posición es aquella que postula que la atenuación de la pena se justificaría en consideraciones político criminales que buscarían resguardar la institución de la familia, por lo que bajo este punto de vista, se trataría de una semi excusa legal absolutoria, que dice relación básicamente con la punibilidad del delito en cuestión. Así, si una persona comete el delito de soborno a favor de otra que es su hermana, cumpliendo con los demás requisitos, pero el que delinque no sabe del vínculo que lo une a la persona a la que beneficia, se verá a su vez beneficiado por la pena establecida en el artículo 250 bis, aunque la motivación haya sido otra totalmente distinta al vínculo familiar. Sin embargo, a favor de esta postura se ha dicho que el legislador no menciona expresamente que deban existir otras consideraciones de

²¹⁴ Cfr. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 448. en el mismo sentido, Bullemore, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. ob. cit. p. 177.

efectividad que unan a su vez al sobornante con el tercero beneficiado²¹⁵. Otro de los argumentos a favor de esta postura tiene que ver con la omisión del legislador de la hipótesis en que el sobornante sea a su vez el imputado o acusado en la causa criminal. Según Oliver, que adhiere a la postura que considera que la fundamentación de la atenuación de la pena es una semi excusa legal absolutoria basada en consideraciones político criminales destinadas a la protección de la familia, esta omisión no es casual, y explica que “cuando el imputado o acusado realiza una conducta de cohecho en una causa criminal en 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 la culpabilidad, por una menor exigibilidad de la conducta adecuada a Derecho- cuestión que rechazamos-, entonces sí sería procedente sostener que es ésta una omisión, porque si dicha exigibilidad disminuye cuando se quiere ayudar al cónyuge o a parientes, con mayor razón disminuirá cuando se trata de ayudarse uno mismo”²¹⁶. Es por esto que los autores que apoyan esta postura sugieren la aplicación del artículo 250 del Código Penal ante esta hipótesis.

No obstante lo anterior, se ha dicho que nada obsta a que al sobornante imputado o acusado en causa criminal puedan aplicársele atenuantes o eximentes de responsabilidad penal, según las normas generales y basadas en la menor exigibilidad de otra conducta²¹⁷.

3.4.7. Cohecho a funcionario público extranjero o soborno internacional

Este delito se encuentra establecido en el artículo 251 bis del párrafo 9 bis del Código Penal, el que establece:

²¹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 352.

²¹⁶ OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. Pp. 111-112.

²¹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 353. en el mismo sentido, Oliver, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 112.

Art. 251. El que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio económico o de otra naturaleza, 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 indebidos en el ámbito cualesquiera transacciones internacionales, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y, además, con las de multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. De igual forma será castigado el que ofreciere, prometiére o diere el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.

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

El soborno transnacional, siguiendo el tipo establecido en el Código Penal, consistiría en el ofrecimiento, promesa o entrega de un beneficio económico a un funcionario público de un Estado extranjero, con el fin de conseguir que aquél ejecute u omita un acto propio de su cargo, la que debe influir sobre cualquier tipo de transacción de competencia internacional. Ampliando los fines a los cuales se puede aplicar este delito Manfroni ha dicho que “en un plano menos observado, el soborno transnacional también puede apuntar a conseguir decisiones gubernamentales favorables con vistas a un negocio o a un género de negocios que se lleve a cabo íntegramente entre empresas privadas. Una decisión de un gobierno sobre ciertas características de seguridad o de diseño que debe reunir una clase de productos puede dejar a una industria fuera de competencia en el mercado o, inversamente, habilitar la competencia

a una industria cuyos productos no reúnen los requisitos mínimos para evitar riesgos a los compradores o al público”²¹⁸.

Respecto del verbo rector, cabe decir que las conductas penadas en este caso son por parte del particular, el ofrecer dar, prometer y consentir en dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico para la ejecución u omisión de un acto propio de su cargo, o por la misma ejecución u omisión ya realizada. Destaca el hecho de que el beneficio debe ser de carácter pecuniario, de esta forma, la norma guarda armonía con las demás disposiciones sobre cohecho, sin embargo, incluye además el término “beneficio de distinta naturaleza a la económica”, ampliando el espectro de punibilidad de conductas como sería por ejemplo: el soborno a través de favores de carácter sexual. Esta es una gran diferencia con el resto de hipótesis abarcadas por el Código Penal, ya que éste sólo contempla al beneficio económico como medio apto para la configuración del cohecho. Para algunos autores, Chile no estaba cumpliendo del todo con la Convención de la OCDE²¹⁹, al incluir el tipo en el Código Penal, sólo contemplando un beneficio económico como medio apto para la configuración del soborno transnacional, como fue hasta la modificación introducida por la Ley N° 20.341 del año 2009; es por esto que luego de esta última, el espectro se amplía incluyendo beneficios de otra naturaleza, tal como dispone la Convención.

Uno de los aspectos en que se diferencia este delito del cohecho activo o soborno, es en el sujeto pasivo²²⁰, el cual en este caso sería un funcionario público extranjero, definido en el artículo 251 ter del Código Penal, el que reza:

Art. 251 ter. 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

²¹⁸ MANFRONI, Carlos. “Soborno Transnacional”. ob. cit. p. 36.

²¹⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 359.

²²⁰ En este sentido, BULLEMORE, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. ob. cit. p. 177. y Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. ob. cit. p. 507.

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 pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

Para algunos autores, esta definición puede parecer un tanto perturbadora comparándola con la del artículo 260 del Código Penal que define a los funcionarios públicos nacionales, ya que en ésta última no aparecen mencionados aquellos funcionarios que ostentan cargos legislativos o judiciales²²¹. Sin embargo, para otros la definición sólo llama la atención en cuanto a su amplitud, ya que no sólo incluye a personas que ostentan un cargo público en un país extranjero, sino también a los funcionarios o agentes de una organización pública internacional, por ejemplo, los funcionarios del Banco Mundial²²².

Otro aspecto a resaltar, es que este delito se diferencia del cohecho activo o soborno del artículo 250 del Código Penal en su objeto, el cual es más restringido que en los demás tipos, protegiendo intereses en un ámbito más reducido: el de las transacciones internacionales²²³. Para algunos autores, esta restricción tiene consecuencias graves, ya que delitos como el soborno para torturar, entre otros, podrían verse en la impunidad; situación que se encontraría en contradicción con la intención de lograr la cooperación total entre las naciones, no sólo en materia de transacciones comerciales internacionales, sino también en materia de derechos humanos, entre otros²²⁴.

²²¹ En este sentido, POLITOFF, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. ob. cit. p. 507.

²²² Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 360.

²²³ En este sentido, En este sentido, BULLEMORE, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. ob. cit. p. 177. y Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. ob. cit. p. 507.

²²⁴ Cfr. POLITOFF, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. ob. cit. p. 507.

En lo que atañe al tipo subjetivo, al igual que los demás tipos podemos decir que sólo cabe su realización dolosa, ya que no se puede decir que quien ofrece o consiente en dar, lo haga por imprudencia o negligencia, reafirmando lo dicho la misma ley con la expresión “con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones internacionales”²²⁵. Por otro lado, y en armonía con las demás disposiciones sobre cohecho, este es un delito de mera actividad, en cuanto no exige ningún resultado de la conducta puesta en marcha.

Algunos autores han resaltado también la doble naturaleza que tendría el delito de soborno transnacional, en cuanto por un lado para el Estado del sobornante este delito tendría efectivamente la naturaleza de un soborno; mientras que para el Estado del sobornado, a pesar de entender el delito como soborno transnacional, éste tendría la naturaleza de cohecho²²⁶.

Respecto de la penalidad del delito, ésta dependerá de la conducta desplegada por el sujeto activo. En el caso en que éste ofrezca, diere o prometiére a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para realizar una acción u incurrir en una omisión o bien por cualquiera de estas conductas ya realizadas, con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de las transacciones internacionales, se castigará con penas reclusión menor en su grado medio a máximo y, además, con las de multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis, es decir, inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. Distinto es el caso para el particular que sólo consiente en dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico para la realización u omisión de las conductas antes explicadas; en este escenario se contemplan penas de

²²⁵ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 359. En el mismo sentido, Bullemore, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. ob. cit. p. 177.

²²⁶ MANFRONI, Carlos. “Soborno Transnacional”. ob. cit. p. 38.

reclusión menor en su grado mínimo a medio, además de las mismas penas de multa e inhabilitación anteriormente señaladas. La diferencia se encuentra en la pena privativa de libertad, y se fundamenta en el grado de reproche que representa cada conducta, estimándose que es más grave el ofrecimiento que el consentimiento en dar, toda vez que en la segunda, el particular puede estar sólo cediendo ante la presión del funcionario, mientras que en la primera es él quien la ejerce²²⁷.

Sin perjuicio de lo dicho sobre el delito de cohecho a funcionario público extranjero o soborno transnacional, lo que quizás llama más la atención en su análisis es la determinación del bien jurídico que viene a proteger. Algunos dicen que se trata de la recta Administración Pública internacional, otros dicen que es la lealtad internacional o el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales, generándose una discusión muy interesante al respecto, la cual trataremos más adelante y constituye el tema principal de nuestro trabajo.

CAPÍTULO IV

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE COHECHO Y FUNDAMENTO DE SU TUTELA PENAL

4.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS FUNCIONARIOS

El tema del bien jurídico protegido en los delitos funcionarios no ha sido muy desarrollado en la doctrina nacional, sin embargo, podemos encontrar distintas discusiones en torno a este asunto en la doctrina extranjera, no sólo respecto a cuál sería este bien jurídico protegido, sino también en torno a la existencia de distintos bienes protegidos por la agrupación de normas que contemplan los delitos

²²⁷ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. Pp. 360-361.

funcionarios. No obstante lo anterior, para desentrañar el problema específico respecto del cohecho, es importante abordar la discusión desde la estructura de nuestro Código Penal, para determinar qué bienes jurídicos son protegidos por estos delitos funcionarios, dentro de los cuales encontramos al delito de cohecho.

En España, la situación evolucionó de tal forma que hoy es posible destacar una única gran discusión, despejando toda otra implicancia que pudiese afectar la lógica de las normas del Código Penal español. El Código penal de 1944 daba el nombre de “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos” al título VII de su libro II. Luego de la modificación del Código penal en 1995, el nombre del título cambia a “delitos contra la administración pública”.

Entendemos inmediatamente que el nombre anterior no resultaba coherente con la estructura general del código en un aspecto muy importante: no daba ningún indicio respecto del bien jurídico protegido, lo que generó que algunos autores incluso lo trataran como un título residual, aquél que a diferencia de otros del Código, no cautelaba ningún bien jurídico. Hubo otros autores que clasificaban a este Título según su sujeto activo, el funcionario público, sin embargo no se explicaba el hecho de que en otros títulos del Código se incluyeran otros delitos cometidos por funcionarios públicos, y cómo a su vez se permitía que en el título VII se incorporaran delitos cometidos por particulares como el cohecho activo o soborno²²⁸.

Todas estas críticas llevaron a cambiar el nombre del título VII del Código Penal español a “delitos contra la administración pública”, que si bien facilita y despeja muchos aspectos que la discusión, no resuelve, por ejemplo, la discusión del bien jurídico protegido en el delito de cohecho, ni tampoco la discusión acerca de si este delito protege uno o más bienes jurídicos involucrados. No obstante lo anterior, sí da un indicio de cuál o cuáles pueden ser los bienes jurídicos protegidos, cosa que no ocurre aún en el caso chileno que veremos a más adelante.

²²⁸ Cfr. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 77 y ss.

La discusión en la doctrina comparada parte en la posibilidad de que exista efectivamente un bien jurídico común a los delitos funcionarios agrupados en los distintos Códigos penales, o si bien debemos negar esta posibilidad afirmando otros criterios de agrupación. Ahora, en España la doctrina mayoritaria afirma la existencia de un bien jurídico común a los delitos funcionarios apoyándose en las consideraciones que se tuvieron en cuenta o se desprenden de la modificación del Código Penal español en este sentido.

Ahora, adentrándonos en la discusión, podemos encontrar entre los autores dos opiniones en lo concerniente a este tema: por un lado algunos autores plantean que el bien jurídico protegido en los delitos funcionarios es el incumplimiento del deber del cargo que se justifica en la infracción de un deber especial de probidad y lealtad que pesa sobre quienes ejercen funciones especiales dentro de la sociedad, como es el caso de los funcionarios públicos; y por otro lado, encontramos aquellos autores que identifican el bien jurídico protegido con el prestigio de la Administración Pública o por otro lado la confianza que el público deposita en ella²²⁹.

Respecto de la postura que fundamenta el bien jurídico protegido en la infracción de los deberes propios del cargo, debemos recurrir a Roxin, quien postula como punto de partida el entendimiento de estos delitos funcionarios como aquellos en que el dominio del hecho no es relevante, sino que lo preponderante para reconocer un delito de estas características es encontrar un incumplimiento de las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial, por parte de un sujeto especialmente obligado y que quien infringe estos deberes – en este caso el funcionario- será autor²³⁰. Así, “el fundamento de la sanción radica en que un sujeto infringe las exigencias derivadas del papel social que desempeña, o dicho de otro modo, lo relevante en estos

²²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 98. y Olaizola, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 80.

²³⁰ Cfr. SANCHEZ Vera, Javier. “Delito de infracción de deber y participación delictiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. p. 29.

delitos es el quebrantamiento de deberes extrapenales²³¹. -Esta postura será desarrollada en el capítulo 4.3.-

Otra de las corrientes que intenta dar respuesta a la interrogante sobre el bien jurídico protegido por los delitos funcionarios, es aquella que postula la función pública como objeto de protección. Parten de la base que estos delitos se caracterizan porque son llevados a cabo por personas que ejercen funciones públicas, justamente en el ejercicio de las mismas; concluyendo algunos autores que lo que se estaría protegiendo por estos delitos es el propio prestigio y decoro de la Administración Pública²³². En nuestro país, uno de los autores que defendió este punto de vista fue Gustavo Labatut, quien postulaba que “el bien jurídico tutelado es el decoro, el prestigio y el correcto funcionamiento de la administración pública”²³³.

Por otro lado, hay quienes centran el bien jurídico protegido en la estructura orgánica de la misma Administración, por ejemplo encontramos al autor argentino Edgardo Donna quien postula que el bien jurídico efectivamente sería “el correcto y normal funcionamiento de la administración pública”²³⁴. Sin embargo, precisa que la conducta tipificada alude básicamente a la problemática social de la corrupción de los funcionarios, a su maleabilidad. Por lo que postula que además de proteger el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, el delito de cohecho “(...) Protege además del normal funcionamiento de la administración, que lo funcionarios actúen o desarrollen sus funciones sin otro aliciente que el deber, por una parte, y el sueldo que reciben del Estado”²³⁵.

²³¹ ROXIN, Klaus. “*Täterschaft*”. 6ª edición. 1994. p. 352 ss. citado por Olaizola, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 81.

²³² Cfr. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 83.

²³³ LABATUT, Gustavo. “Derecho Penal”, Tomo II, 7ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2000. p. 90.

²³⁴ *Ibidem* p. 210.

²³⁵ DONNA, Edgardo A. “Delitos contra la administración pública”. 1ª edición. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2002. p. 211.

No obstante lo anterior, la doctrina mayoritaria encuentra el bien jurídico protegido de estos delitos en el aspecto funcional de la Administración Pública. Así esta última sería entendida como una actividad de servicio del Estado ante los ciudadanos²³⁶, habiendo consenso sobre el alcance de la expresión “Administración Pública” la cual debe ser entendida en sentido amplio, como actividad general del Estado no sólo en el aspecto administrativo, sino también en el legislativo y el judicial²³⁷. Sin embargo, lo que estas teorías plantean es que la protección penal se orienta “hacia adentro”, hacia el mismo funcionamiento interno y al orden de los factores que permiten el correcto desempeño de la función. Esta postura ha sido criticada por Enrique Bacigalupo, que si bien estima que el punto de partida de estas teorías es correcto, la justificación de la tutela penal debe centrarse en la lesión de la confianza pública en el ejercicio de la función pública, que es la que en definitiva se ve afectada cuando el servicio no es prestado correctamente²³⁸. Otros autores se basan en otros principios, como Muñoz Conde, que acuerdo con Valeije Álvarez, entiende por bien jurídico protegido en este delito “el principio de imparcialidad, entendiéndolo como el deber de los poderes públicos de obrar con una sustancial neutralidad y objetividad en la prestación de servicios públicos”²³⁹. A estas posturas se les critica su gran amplitud, ya que se dice que podrían abarcar muchos otros delitos, no aplicándose específica y exclusivamente a los delitos funcionarios.

Además, existen otros que autores cambian el objeto de protección, señalando que si bien la confianza pública u otros principios son bienes jurídicos “intermedios” a través de los cuales se puede alcanzar una adecuada protección; además consideran que el bien jurídico protegido es institucional, calidad que tiene relación con la satisfacción de los intereses que justifican la existencia de la Administración Pública,

²³⁶ RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 100.

²³⁷ Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”. Tomo cuarto, Parte especial. 3^a edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1998. p. 203. En el mismo sentido, Bullemore, Vivian; Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”. Tomo IV. Parte especial. Segunda edición, Ed. Legal Publishing. Chile, 2007. p. 153. y Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. Parte Especial. 2^o Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2004. p. 488.

²³⁸ BACIGALUPO, Enrique. “Estudios sobre la parte especial del derecho penal”. Ediciones Akal. Madrid. 1991. p. 352

²³⁹ MUÑOZ Conde, Francisco. “Derecho Penal”, parte especial. 11^a edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. Pp. 862 – 863.

que vendría a ser “la función de prestación a los ciudadanos y el cumplimiento de los criterios objetivos correspondientes a los fines de un Estado social y democrático de Derecho”²⁴⁰, es decir, sólo en la medida en que exista una afectación a la ciudadanía se podrá sancionar por este medio un delito funcionario, no puede ser el bien jurídico protegido la organización interna de la Administración, en cuanto no afecte a los destinatarios de sus servicios y sus legítimas expectativas recogidas en la Constitución.

Respecto del caso chileno, podemos decir que el punto de partida es muy distinto del español: la rúbrica del título bajo el cual se tipifica hoy en día el delito de cohecho es según el Código Penal “de los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”, al cual se le pueden aplicar las críticas indicadas más arriba. Sin embargo, en la oportunidad en que se discutió cambiar este título por “de los delitos contra la Función Pública”, a propósito de la tramitación de la Ley N° 19.645, el Congreso rechazó la propuesta²⁴¹, manteniendo la agrupación de estos delitos en atención al sujeto activo.

Para entender si efectivamente el Título V del Libro III del Código Penal chileno agrupa ciertos delitos en consideración a un bien jurídico protegido y no al sujeto activo de ellos es que encontramos como punto de partida la opinión de Alfredo Etcheberry, que se refiere al tema evidenciando lo difícil que es encontrar un bien jurídico común a todos los delitos tipificados en este Título, no obstante, a pesar de reconocer que a simple vista éstos se agrupan en consideración al sujeto activo, en el fondo la situación no es tal, ya que encuentra un indicio de que el legislador debe haber tenido en cuenta algún bien jurídico protegido dentro del Título en el hecho de que podemos encontrar en otros títulos del Código otras infracciones que también son cometidas por funcionarios públicos y que no son reglamentadas en el Título V del Libro III.

²⁴⁰ RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 101. En el mismo sentido, Olaizola, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 85.

²⁴¹ Cfr. VERA Vega, J. “El delito de tráfico de influencias”. Editorial Jurídica. Santiago, 2004. pp. 29-30. Citado por Rodríguez, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 95.

De acuerdo con lo recién expuesto, el bien jurídico protegido en este título sería la Administración Pública, expresión que debe ser entendida en un sentido amplio; en palabras de Etcheberry, “Se trataría de las tareas concretas que realiza en el cumplimiento de sus funciones la autoridad pública encargada de ejercer la soberanía. Se extiende este concepto a los tres poderes del Estado (comprendiendo v. gr., la administración de justicia), e incluso alcanza a sus manifestaciones modernas más ramificadas (instituciones de carácter mixto o dotadas de cierta autonomía, como las semifiscales o de administración autónoma) y también al Gobierno público local o poder municipal”²⁴². Ahonda en su posición postulando afirmando que no sólo estos indicios que da el legislador respecto de la existencia de un bien jurídico protegido en el mencionado en el Título V nos permiten aclarar el panorama, sino también la importancia que la ley le da a otros bienes jurídicos afectados y que no se encuentran en el Título, a pesar de ser cometidos por funcionarios públicos, indicando que el criterio de agrupación de los delitos no sería el sujeto activo; este es el caso de atentados contra las garantías constitucionales o contra la fe pública²⁴³.

Otros autores nacionales como Politoff, concuerdan con la idea de bien jurídico protegido considerado como el recto funcionamiento de la Administración Pública, pero ponen énfasis en el sujeto del funcionario que infringe aquellos deberes especiales de prosecución del bien común a través de su correcto desempeño, justificando la tutela penal desde este punto de vista²⁴⁴.

Ahora, hay autores como Rodríguez y Ossandón que elaboran una propuesta integral, postulando en primer lugar que el bien jurídico protegido en estos delitos es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, entendida ésta en su aspecto funcional y según la Constitución, consistiendo ésta en la función de prestación a los ciudadanos y el cumplimiento de los criterios objetivos correspondientes a los fines del

²⁴² ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal: parte especial. Tercera edición. Tomo IV. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1998. p. 203.

²⁴³ Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal: parte especial. Tercera edición. Tomo IV. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1998. p. 204.

²⁴⁴ Cfr. POLITOFF. P. 488.

Estado social y democrático de Derecho, entendiendo a su vez que este bien jurídico protegido tiene carácter de bien jurídico protegido institucional, el cual tiene relación directa con la satisfacción de intereses de sus destinatarios, los ciudadanos; y que esta misma relación es finalmente la que justifica su existencia²⁴⁵.

Así las cosas, el daño que se produce mediante la sistemática defraudación de las legítimas expectativas de la sociedad es lo que daña el bien jurídico, la forma práctica de llegar a concretar este daño es que el funcionario infrinja un deber especial o que el particular genere esa situación, entendiendo que la repetición de estas conductas será aquello que dañe a la Administración y genere desobediencia de sus destinatarios, desapareciendo por completo su razón de existir.

4.2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE COHECHO. DISCUSIÓN SOBRE LA UNIDAD O DIVERSIDAD DE BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

Como se podrá suponer en atención al tema anteriormente analizado, la discusión sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho no es pacífica. No sólo es discutido cual sería este bien jurídico, sino también la posibilidad de que existan varios bienes jurídicos protegidos.

Respecto a esta última discusión, encontramos aquellos que sostienen que tanto el cohecho pasivo como el activo protegerían bienes jurídicos distintos. Así en el cohecho pasivo, el bien jurídico protegido sería el deber básico inherente a la condición de todo funcionario público, es decir, el fiel desempeño de la función pública que lleva a cabo y para la que es competente; de esta manera, lo que se estaría lesionando cuando el funcionario acepta un beneficio económico para cometer un acto propio de su cargo en virtud del cual no le están señalados derechos, o bien un acto contrario a su cargo, es la fidelidad que este funcionario le debe al mismo. Sucesivamente, se

²⁴⁵ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 101.

protege también la confianza que deposita el Estado y la sociedad en general sobre el funcionario²⁴⁶.

En el caso del cohecho activo, lo que se protege es la dignidad del Estado y el prestigio social que los entes públicos deben tener para mantener las instituciones y el orden jurídico social²⁴⁷. Así, el particular no sólo estaría atentando contra la propia función del funcionario que soborna, sino también contra el normal desarrollo de esas funciones públicas en general.

Algunos autores usan estos argumentos para afirmar la naturaleza unilateral del delito de cohecho, estableciendo que a partir de esta clara diferenciación entre cohecho pasivo y activo, y de los bienes jurídicos que cada uno protege, se puede afirmar a su vez, que se trataría de dos delitos distintos y autónomamente castigados, ya que de estas conclusiones no se podría extraer la idea de que el delito surge de un acuerdo de voluntades entre particular y funcionario²⁴⁸.

Las críticas que emergen en contra de esta postura son varias, en primer lugar, por las mismas razones esbozadas más arriba, se critica el hecho de postular el quebrantamiento del deber funcional como bien jurídico protegido, por ser una visión autoritaria en cuanto se olvida el hecho de que estos deberes se explican por los beneficios que traen a los ciudadanos a través de la Administración Pública²⁴⁹.

²⁴⁶ Cfr. CASAS Barquero, Enrique. “Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal Español”. En Documentación Jurídica N° 19. 1978. p. 214. Citado por RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 329.

²⁴⁷ Cfr. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 90.

²⁴⁸ Cfr. MUÑOZ Conde, Francisco. “Derecho Penal”. ob. cit. p. 862.

²⁴⁹ DE LA MATA, Norberto. “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción”. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2^a época. N° 17. 2006. pp. 95-96.

Luego, las críticas apuntan al bien jurídico que los autores que postulan la diversidad entienden se lesiona en el cohecho pasivo: la confianza que deposita en el funcionario el Estado y la ciudadanía. Pareciera ser que este bien jurídico en primer lugar no es sólo protegido por el delito de cohecho, sino que por otros delitos también, por ejemplo en los casos de malversación, por lo que no sería un objeto de protección privativo del delito que analizamos²⁵⁰. Por otro lado, al afirmar como bien jurídico protegido por el cohecho pasivo la confianza depositada en el funcionario por el Estado y la sociedad, no se podría considerar lesionado en la medida que el funcionario en cuestión no goce de la confianza requerida y sea considerado más bien un funcionario corrupto, lo que lleva a un absurdo²⁵¹.

Otra de las críticas se centra en la figura del cohecho activo. Al decirse que el particular tiene un deber de respeto al normal desenvolvimiento de la actividad estatal, resguardándose el prestigio y dignidad del Estado y los organismos públicos, se estaría presuponiendo que la lesión del bien jurídico protegido se produciría con el quebrantamiento de este deber, pero lo que hay que entender es que en el caso del particular lo que se configura es un delito de peligro y no de lesión que si el legislador no lo hubiese elevado a la categoría de delito mediante su tipificación, sería impune²⁵². Además, aunque un organismo público no goce de prestigio, de todas maneras los particulares podrían ofrecer beneficios económicos a sus funcionarios, configurándose el delito en cuestión, por lo que no se podría afirmar que efectivamente el bien jurídico protegido es el prestigio o decoro de los entes públicos²⁵³.

Una de las críticas, la cual tiene una gran importancia para este trabajo, tiene que ver con la exigencia que se pone sobre los particulares al afirmar que es su deber respetar el normal desarrollo de las actividades de los organismos públicos; esto no se condice con el principio de libertad consagrado constitucionalmente, ni tampoco

²⁵⁰ Cfr. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 99.

²⁵¹ Cfr. OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 93.

²⁵² DE TOLEDO Y Ubieto, Octavio. “La prevaricación”. 1980. pp. 329 y ss. citado por OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 92.

²⁵³ Cfr. OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 93.

entonces se justificaría la especial posición de los funcionarios públicos, ya que se le estaría atribuyendo a los particulares deberes extrapenales que corresponden en la realidad a los funcionarios, lo que sería autoritario²⁵⁴.

Habiendo expuesto los planteamientos de la posición que afirma la existencia de distintos bienes jurídicos protegidos por el delito de cohecho, pasaremos a analizar aquella que es mayoritaria y que afirma que el bien jurídico protegido es uno sólo, tanto por el cohecho pasivo como en el activo.

En primer lugar, hay que partir de la base que si bien se afirma la existencia de un bien jurídico protegido en el delito de cohecho, la determinación del mismo es materia de una ardua discusión en la doctrina comparada. A continuación revisaremos algunas posturas.

Podemos ver que parte de la doctrina ha postulado el *principio de imparcialidad* como bien jurídico protegido en el delito de cohecho. Esta postura ha ido evolucionando, siendo defendida en los años sesenta por Schmidt y Geerds, quienes entendían la lesión a este principio como voluntad estatal que se falsea a través de la corrupción. Comprendían el delito de cohecho en su clasificación como delito de peligro, ya que aunque el funcionario no realice el acto solicitado y ofrecido, el sólo hecho de estar dispuesto a hacerlo se desvía de la voluntad del Estado, y esta misma termina vendiéndose²⁵⁵. Esta teoría fue rechazada por Schröder, argumentando en primer lugar que los delitos de cohecho no serían “delitos de determinación” ya que incluso la recompensa posterior es suficiente para la realización del tipo, en el fondo, no habría venta de voluntad estatal. Y por otro lado afirma que lo que está en el centro

²⁵⁴ VALEIJE, Inmaculada. “Estudios Penales y criminológicos XVIII”. 1995. pp. 329 y ss. citado por Olaizola, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 92. En el mismo sentido, Oliver, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 93.

²⁵⁵ Cfr. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 94.

del delito de cohecho no sería la voluntad estatal sino la aceptación de regalos, ya que ésta menoscaba la confianza en el organismo público del que se trate²⁵⁶.

Este bien jurídico es abarcado también desde una perspectiva constitucional. Para los autores que defienden esta postura, la imparcialidad es un valor constitucionalmente reconocido, y por tanto, constituye una regla ineludible de comportamiento de la Administración respecto a su obrar objetivo y libre de presiones, alumbrando a los poderes públicos que se ven vinculados a través de este principio transversal, y además respecto de los ciudadanos, ya que se protege la igualdad de los ciudadanos que en definitiva son los destinatarios de esta actividad pública²⁵⁷. Así, para algunos autores, esta protección de la imparcialidad en el desempeño de la función pública vendría a ser un bien jurídico medial en búsqueda de la protección de la igualdad de todos los ciudadanos en la obtención de prestaciones públicas, derecho consagrado constitucionalmente²⁵⁸.

Esta teoría también ha recibido críticas, que se enmarcan en el hecho de que si bien la imparcialidad puede ser atacada por el delito de cohecho, también puede ser lesionada por otros delitos funcionarios como el tráfico de influencias. Además si se toma el caso del cohecho pasivo propio, lo que se estaría vulnerando con la comisión del delito dista de ser el principio de imparcialidad en cuanto el funcionario se encuentra realizando un acto que está obligado a realizar; algo parecido se dice respecto de la realización de un delito por parte del funcionario, en cuánto éste último no constituya prevaricación²⁵⁹.

²⁵⁶ Cfr. LOOS, Fritz. “Del bien Jurídico en los delitos de cohecho”. Revista Internacional de la doctrina del Derecho Penal (*Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*). Nº 5. 2009. [En línea] <<http://www.zis-online.com>>. pp. 268-269.

²⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ Puerta, M^a José. “El delito de cohecho: problemática...”. ob. cit. p. 83.

²⁵⁸ VALEIJE, Inmaculada. “Estudios Penales y criminológicos XVIII”. 1995. pp. 355 y ss. citado por Olaizola, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 95.

²⁵⁹ Cfr. OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 93.

Otra de las respuestas proporcionadas por parte de la doctrina, identifica al bien jurídico protegido del delito de cohecho con *deberes del cargo del funcionario público* como la lealtad, probidad, fidelidad, entre otros, para con la Administración²⁶⁰. Se rechaza esta postura en atención a que “dichos deberes no son el bien jurídico protegido del cohecho, sino que su cumplimiento permite proteger el auténtico bien jurídico tutelado por este delito”²⁶¹.

Por otro lado, algunos autores postulan como bien jurídico protegido por el delito de cohecho, la confianza en el correcto funcionamiento de la Administración. Esta postura ha sido principalmente defendida por Schröder. Para este autor, lo principal que ha de considerarse al proponer un bien jurídico protegido en este delito, no es el peligro concreto que significa un acto de corrupción, sino la relevancia pública que causa la conducta desviada del funcionario en los ciudadanos al aceptar o solicitar, y el particular en ofrecer o dar. El Estado garantiza la confianza de los ciudadanos en los entes públicos, por lo que si un funcionario recibe un beneficio económico en casos en que no se encuentra facultado para hacerlo, inmediatamente pone en peligro esa confianza, poniendo énfasis la teoría en el otorgamiento de recompensas.²⁶² Algo similar destaca Enrique Bacigalupo al postular que “en un Estado de Derecho la confianza de los ciudadanos en el ejercicio correcto de la función pública se lesionará cada vez que las decisiones de la autoridad aparezcan como producto de motivaciones ajenas al cumplimiento de la ley y especialmente cuando exista el peligro de que puedan ser “compradas” por los particulares”²⁶³.

²⁶⁰ GANADOS Pérez. “El instrumento en el delito de cohecho”. En VV.AA. Delitos de los funcionarios públicos, Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1994. p. 143. Citado por Oliver, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 95.

²⁶¹ OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. ob. cit. p. 95. En el mismo sentido, De La Mata, Norberto. “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho...”. ob. cit. pp. 94-95. Este autor critica esta concepción postulando que la identificación del bien jurídico protegido con conceptos tan genéricos producen confusión respecto a la diferenciación de los delitos de corrupción de otros delitos contra la Administración.

²⁶² Cfr. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 97.

²⁶³ BACIGALUPO, Enrique. “Estudios sobre la parte especial del derecho penal”. Ediciones Akal. Madrid. 1991. p. 352.

Se le critica a esta postura contraria al falseamiento de la voluntad estatal como bien jurídico protegido en el delito de cohecho, que una de las formas más características de este falseamiento sea su conexión con el otorgamiento de regalos, así el funcionario puede no sólo tener como motivación esta entrega, sino esbozar otros motivos, por ejemplo, formar una clientela²⁶⁴. Otra de las críticas que se le hace a esta postura fue expuesta a propósito del principio de imparcialidad como bien jurídico protegido, y tiene que ver con el hecho de que no sólo el cohecho puede lesionar esta confianza, sino también otros delitos funcionarios, por lo que sería común a todos o muchos de los delitos contra la Administración Pública²⁶⁵.

La no comerciabilidad de la Administración ha sido otro de los bienes jurídicos protegidos propuestos por algunos autores. Esta teoría, acuñada por parte de la doctrina italiana, se basa en que “la lesividad característica de todas las hipótesis de corrupción está en la ofensa al interés de que todos los actos oficiales no sean objeto de una compraventa privada, entendiendo por compraventa no el concepto técnico del Derecho civil, sino el sentido vulgar de cambio de una utilidad por otra”²⁶⁶. En el fondo, se dice que toda actividad estatal debe ser gratuita a menos que la ley indique lo contrario, todo lo que salga de ello, perjudica la función pública.

Esta teoría es criticada en cuanto confunde lo que constituye un medio para conseguir un fin. La prohibición de que actos del cargo sean objeto de una compraventa, es sólo una herramienta de protección al bien jurídico protegido; además, no da cabida en el análisis del delito al principio de adecuación social, toda vez que si se da un beneficio a un funcionario, por insignificante que sea, habrá un intercambio y por tanto cohecho, lo que extendería el poder sancionatorio del Derecho

²⁶⁴Cfr. LOOS, Fritz. “Del bien Jurídico en los delitos de cohecho”. *Revista Internacional de la doctrina del Derecho Penal (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik)*. N° 5. 2009. [En línea] <<http://www.zis-online.com>>. p. 269.

²⁶⁵ Cfr. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 99.

²⁶⁶ Cfr. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 98. Basándose en Antolisei. “*Parte speciale*”. 10ª ed. 1991. pp. 315 y ss.

Penal a situaciones que no merecen su intervención²⁶⁷. Otra de las críticas que se realiza es la vinculación que se genera entre el delito y el funcionario público, casi desconociendo la responsabilidad del particular en la comisión del mismo²⁶⁸.

Por último, encontramos la opinión de parte de la doctrina que postula como bien jurídico protegido por el delito de cohecho, el correcto funcionamiento de la Administración, en cuanto al servicio que presta y garantiza a los ciudadanos. Se dice que la Administración debe asegurar a los ciudadanos su participación en un sistema objetivo, imparcial y confiable para mantener las relaciones, de manera que éstos puedan cumplir sus objetivos; en consecuencia, el ciudadano tiene una expectativa respecto a esta garantía. Así se ha dicho que “la Administración es por tanto una instancia mediadora que cumple la ley y garantiza las condiciones básicas de convivencia; es un bien jurídico mediatizado cuya protección sólo cobra sentido en cuanto a que su vigencia e indemnidad constituya un presupuesto de la participación adecuada de todos los ciudadanos en el proceso social”²⁶⁹.

Todo esto nos remite a la conclusión de que las instituciones sociales son necesarias para la satisfacción de los intereses de cada ciudadano, y cuando existe un ataque a al funcionamiento de estas instituciones se produce una mezcla de intereses públicos y privados que amenazan –a través del delito de cohecho- la esencia del sistema “desde dentro”, cuando la actuación depende de aquellos que se encuentran insertos en la Administración, y según su conducta perjudican o preservan el bien jurídico. Además, la amenaza puede venir “desde afuera”, perjudicándose las expectativas de los ciudadanos respecto del funcionamiento de la Administración, mermando su confianza en la imparcialidad y objetividad del servicio²⁷⁰. Fritz Loos explica que entonces, para que esta amenaza “desde afuera” se mantenga contenida, la obediencia básica de los ciudadanos es condición indispensable; sin un mínimo de

²⁶⁷ Cfr. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 98

²⁶⁸ VALEIJE, Inmaculada. “Estudios Penales y criminológicos XVIII”. 1995. pp. 350 y ss. citado por Olaizola, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 98.

²⁶⁹ OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 100.

²⁷⁰ Cfr. LOOS, Fritz. “Del bien Jurídico en los delitos de cohecho”. Ob. Cit. pp. 271-272.

obediencia, la Administración no tendría razón de ser. Que esto no nos lleve a pensar que la confianza es entonces el bien jurídico protegido en este caso, pero sin duda es condición indispensable para la obediencia de los ciudadanos y para evitar la creación de instituciones paralelas que quiten crédito a la administración y a su vez generen desigualdad entre el ciudadano que puede pagar el servicio en dinero y el que no²⁷¹.

Respecto del modo en que se produce la afectación del bien jurídico, se ha dicho que “la técnica más adecuada es la de los delitos de peligro abstracto, a través de la tipificación de la afectación a un bien intermedio con función representativa”²⁷², es por esto que, si se distingue entre infracciones y conductas idóneas para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido, podremos llegar a la conclusión de que si bien un acto aislado de cohecho no es suficiente para lesionar realmente el funcionamiento de la Administración, su repetición llevará a la lesión de bienes jurídicos intermedios que inevitablemente terminarán menoscabando el bien jurídico protegido por el delito de cohecho, cual es el correcto funcionamiento de la Administración, en relación al servicio que presta y garantiza a los ciudadanos. Y consiguientemente este delito lesionará el bien jurídico cuando el funcionario público solicite o acepte un beneficio económico a cambio de la realización de un acto propio de su cargo, ya que impedirá que el servicio se preste de manera correcta; y a su vez se pondrá en peligro el bien jurídico, desde la perspectiva del particular cuando ofrezca un beneficio económico, generando peligro de que el funcionario acepte.

Debemos decir que esta es la postura por la cual nos inclinamos, toda vez que para sancionar este tipo de conductas es necesario fundamentar la tutela penal de un bien jurídico protegido respecto de ellas, y esa fundamentación se logra a partir del razonamiento basado en la propia existencia de la Administración Pública en atención a la utilidad que su funcionamiento presta a los ciudadanos. Sólo tiene sentido evitar una lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico, con la intervención del

²⁷¹ Cfr. LOOS, Fritz. “Del bien Jurídico en los delitos de cohecho”. Ob. Cit. p. 272. En el mismo sentido, Olaizola, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 102.

²⁷² RODRÍGUEZ Montañés. “Delitos de peligro”. 1994. pp. 301 y ss. citado por Olaizola, Inés. “El delito de cohecho”. ob. cit. p. 103.

Derecho Penal, en la medida en que este tenga trascendencia en el exterior, y que ésta sea de tal magnitud, que sea capaz de vulnerar aquellos derechos fundamentales que se encuentran establecidos en favor de los ciudadanos, poniendo en peligro las instituciones que están llamadas a resguardarlos a través de los servicios que prestan, observando tanto los principios de igualdad y objetividad como también garantizando su confiabilidad y viéndose fundamentadas en la utilidad que reportan a la ciudadanía.

4.3. LA INFRACCIÓN DEL DEBER Y LOS DELITOS FUNCIONARIOS. SU INFLUENCIA EN EL DELITO DE COHECHO

Ante cualquier hecho que pueda tener connotación delictiva, lo que solemos hacer es determinar, entre otros aspectos, quien aparece como figura principal de los acontecimientos; lo que entendemos como “autor”, definiendo como tal a “la figura central del suceso acaecido”²⁷³. Respecto de la autoría entonces, generalmente consideramos que es autor quien cumple con los requisitos específicos establecidos en cada tipo penal. Desde el punto de vista de Roxin, este sujeto tiene una relación de dominio con los hechos, y consecuentemente, al ser estos hechos tipificados por la ley, nos encontramos frente a delitos denominados “de dominio de hecho”, denominación acuñada por el mismo penalista. Esta explicación no genera complicaciones, y a simple vista pareciera que la determinación de la autoría fuese relativamente sencilla. Sin embargo, en la construcción de esta idea de autoría, y tomando en consideración la realidad social, Roxin percibió que este dominio del hecho si bien era “un principio universal para determinar la figura central del suceso”²⁷⁴, no era suficiente para justificar la autoría en todos los tipos penales consagrados por el legislador, y que existían ciertos delitos cuyo fundamento era el incumplimiento de alguna de las obligaciones derivadas del status especial que posee ciertas personas. A estos delitos denominó “Delitos de Infracción de Deber”.

²⁷³ ROXIN, C. “*Täterschaft und Tatherrschaft*”. En: Sánchez-Vera, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. p 27

²⁷⁴ *Ibidem* p. 28

4.3.1. Consideraciones generales sobre la Teoría de Infracción del Deber

Como ya se ha adelantado, en los delitos de infracción de deber la fundamentación de la autoría no radica en la vulneración de los deberes generales aplicables a todos –entendiendo estos deberes derivados del comportamiento que debemos tener al ser parte de una comunidad-. Tampoco parece de importancia que el autor tenga dominio sobre el hecho acaecido; pareciera ser que lo realmente trascendente en esta categoría de delitos es la lesión a un deber especial y extrapenal, lesión que es exclusivamente provocada por aquellas personas que han sido investidas con un status especial del que derivan estos deberes especiales.

Desde esta matriz Roxin –precursor de la teoría-, define entonces los delitos de infracción del deber en los siguientes términos “Delitos de infracción de deber son los tipos penales, en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesiona un deber extrapenal que existía con anterioridad a [la formulación del] tipo”²⁷⁵.

Explicando entonces la distinción entre los delitos de dominio del hecho –delitos comunes- y los recientemente acuñados delitos de infracción del deber, podemos decir en consecuencia, que en la primera categoría de delitos, el tipo penal tiende a proteger, mejor dicho, propende al mantenimiento de la realidad social. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber, las normas buscan evitar el incumplimiento de los deberes especialmente encomendados a determinadas personas, protegiendo ciertos ámbitos que están pre constituidos y de los que derivan estas obligaciones. Esto no implica de ninguna manera que nos encontremos ante distintos conceptos de autoría, sino que estructurarían en forma diversa los tipos penales. Lo que aquí cabe resaltar es el fundamento de la punibilidad, que para Roxin sigue siendo, en ambos tipos de delitos, la lesión a los bienes jurídicos. La infracción a un deber especial solo

²⁷⁵ Ídem

fundamenta la autoría²⁷⁶. Es más, cabe agregar lo dicho por Gómez Benítez en los siguientes términos “No quiere decirse que tales delitos (los de infracción de deber) no protejan ningún bien jurídico (...); es decir, no se quiere decir con ello que el Derecho Penal considere delictivas estas conductas porque constituyen meras infracciones de deberes; lo que se quiere decir es que el criterio específico de imputación al autor es la infracción del deber, con independencia de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que, efectivamente, pueda constatarse”²⁷⁷.

Finalmente Roxin declara que de esta nueva concepción de delito pueden vislumbrarse dos aspectos importantes en los que esta distinción repercutirá. El primero de ellos es la teoría de la participación delictiva, y explica que en los delitos de infracción de deber lo trascendente es el incumplimiento de los deberes extrapenales y no los hechos en sí mismos. En consecuencia, de vital importancia es quien quebranta sus obligaciones, sin importar los acontecimientos posteriores, como tampoco si es él quien materialmente ejecuta los hechos; el quebrantamiento de los deberes siempre significará un delito, lo que trae consigo que quien los trasgrede –obligado especial– siempre será autor de estos delitos.

Respecto del segundo aspecto al que se refiere la teoría de la infracción de deber, Roxin afirma que la forma pasiva del comportamiento delictivo también se verá resentida con este tipo de delitos, puesto que la distinción entre acción y omisión, mirada desde la óptica de la infracción del deber, resulta irrelevante, en otras palabras, habría delito en los casos en que el obligado especial actúa infringiendo con ello algún deber derivado de su cargo, como también cuando el obligado evita actuar estando obligado a hacerlo.

²⁷⁶ Así ha señalado Roxin en varias de sus obras. SANCHEZ-VERA, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. p 27. En el mismo sentido, la autora nacional Ossandón, María Magdalena. “delitos especiales y de infracción de deber en el anteproyecto de Código Penal”. Política Criminal. N°1. p. 1-22. 2006.

²⁷⁷ GÓMEZ Benítez. “Teoría jurídica del delito”. En: Ossandón, María Magdalena. “Delitos especiales y de infracción de deberes en el Anteproyecto de Código Penal”. Política Criminal. N° 1. 2006. p. 12 [En línea] <www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_4.pdf>

Como señala el español Javier Sánchez-Vera, y haciendo eco de lo expresado por el propio Roxin, los inicios de esta teoría jamás fueron medidos, y por lo mismo, el planteamiento de ella deja mucho por desarrollar. Es más, Roxin reflexiona sobre los alcances en la ley de los delitos de infracción del deber, y expresa que la delimitación que realice el legislador entre los delitos de dominio y los delitos de infracción será netamente de tipo teleológico. Así él mismo señala "(...) Es una decisión valorativa del legislador", y continúa diciendo "(...) Si en opinión del legislador, el contenido criminal del delito se ve influido por la infracción del deber de forma esencial, se situará en el centro del suceso al obligado, sin atender al desarrollo concreto de la acción, y se restringirá considerablemente la punibilidad del extraneus"²⁷⁸. Por estos motivos, la profundización de esta teoría pasó a manos de penalista Günther Jakobs.

Al presentarse esta discusión, Jakobs realiza también la distinción de delitos de dominio y de infracción de deber, pero deja de utilizar la denominación acuñada por Roxin "de dominio", reemplazándola por el término "delitos de organización", debido a que la denominación "de dominio" provoca cierta confusión, y lo que se busca resaltar es "el dominio del hecho no es un dominio entendido en sentido fáctico-naturalista, sino en un sentido normativo ("incumbencia" o "competencia versus "dominio de un hecho físico")"²⁷⁹. El autor justifica esta clasificación fundándose en la responsabilidad o imputación. "En los delitos de dominio del hecho se trata de responsabilidad en virtud de la propia organización; en los de infracción de deber, en virtud de una relación de carácter institucional"²⁸⁰.

De lo anterior, existiría una responsabilidad en virtud de la organización y otra muy distinta que está basada en la competencia institucional. Por esto, Jakobs utiliza el concepto de instituciones²⁸¹, entendiéndolas como realidades previas ya conformadas,

²⁷⁸ ROXIN, C. "*Täterschaft und Tatherrschaft*". En: Sánchez-Vera, Javier. "Delito de Infracción de deber y participación delictiva". Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. Pp. 33-34

²⁷⁹ SÁNCHEZ-VERA, Javier. "Delito de Infracción de deber y participación delictiva". Ob. cit. Pp. 37-38.

²⁸⁰ Ídem.

²⁸¹ Jakobs define institución inspirado en las ciencias sociales como "La forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y

como lo concibió el propio Roxin²⁸². Como explica Sánchez-Vera “la institución se caracteriza por una especial relación entre el autor y el bien jurídico, relación que ya existía entre ambos con anterioridad a los hechos”²⁸³; entonces, la fundamentación de la presencia de las instituciones se basa en mantener invulnerables ciertos bienes jurídicos, por lo mismo, su tutela penal²⁸⁴.

Considerando pues como punto de partida el concepto de “institución” en la revisión de la teoría de infracción de deber que realiza Jakobs, podemos diferenciar entonces la manera en como las personas nos debemos relaciona con la institución. Se trata de las responsabilidades –que ya se mencionaron- que nos incumben según el rol que tengamos dentro de la institución; como señala el autor español Javier Sessano, el primer escalón en la responsabilidad –y que la fundamenta- sería la “lesión de los límites generales de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo”²⁸⁵, lo que se explica con la existencia de un ordenamiento social que nos regula a todos y no que impone como mínimo conductual el no causar daño al otro²⁸⁶. No obstante, en la actualidad, no existe solo la obligación de no dañar al otro, sino que existen asimismo obligaciones que nacen de la necesidad de mejoramiento de nuestra

que más bien contribuye a constituir a ésta” JAKOBS, Günther. “Derecho penal. Parte general”. En: Sessano Goenaga, Javier. “Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional”. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. N° 08-03. 2006 [En línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-03.pdf>>

²⁸² SÁNCHEZ-VERA, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Ob. cit. p. 40

²⁸³ *Ibidem* p. 41

²⁸⁴ JAKOBS, Günther. “Tratado de Derecho Penal”. En: Sánchez-Vera, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. p. 41

²⁸⁵ SESSANO Goenaga, Javier. “Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional”. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. N° 08-03. 2006 [En línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-03.pdf>>

²⁸⁶ Esta institución viene acuñada desde el Derecho Romano bajo en nombre de “*neminem laedere*”. Así este término ha sido mencionado por Sánchez-Vera que a su vez se remite a Feuerbach, que se refería a la obligación originaria del ciudadano era tan sólo la de abstenerse. Para Jakobs, “la obligación originaria” tiene como contenido pagar el precio de la libertad, a saber, mantener el propio ámbito de la libre organización – de la forma que sea – en una situación inocua para los demás. Junto a la prohibición “no daños”, aparece pues un mandato cuyo enunciado es: “elimina peligros que surjan de tu ámbito de organización”. También Bacigalupo ha definido este principio como “aquél que establece que todos los ciudadanos son libres de configurar sus propias actividades y tareas personales, con la contrapartida de responder por los daños que ello cause a los demás”. En: SESSANO Goenaga, Javier. “Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional”. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. N° 08-03. 2006 [En línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-03.pdf>>

sociedad, por esta razón, habrá quienes ostenten un status diferente, o mejor dicho especial dentro de la institución, que le otorga una serie de derechos como también obligaciones. Este status conlleva la responsabilidad que cabría ante la inobservancia de sus deberes propios²⁸⁷.

En consecuencia, existiría una diferencia entre los deberes que son competencia de toda la organización ciudadana, que serían deberes negativos –se podría explicar con la siguiente frase “Ud. tiene la obligación como ciudadano de *no* vulnerar tal bien jurídico protegido”-; y también existirían deberes que son competencia de quienes tienen una relación especial con tal institución –que le otorga un status especial- que protege tal bien jurídico, deberes que señalaremos como positivos, la trasgresión de estos deberes positivos dan origen a los delitos de infracción del deber.

Lo que generan estos deberes negativos o positivos son relaciones entre el sujeto que los vulnera y el bien jurídico protegido. Se plantea por tanto, que las normas que establecen prohibiciones de conducta –delitos comunes- fijan una relación negativa entre el sujeto y el bien jurídico; por el contrario, cuando las normas imponen una manera de actuar según el estado especial del sujeto, nos encontramos ante una relación positiva entre el sujeto y el bien jurídico, puesto que el obligado especial debe proteger y fomentar el cuidado del bien jurídico protegido por la institución²⁸⁸.

Para concluir, se destacan ciertos matices en la visión de Jakobs sobre los delitos de infracción y la idea original de Roxin. Del sucesor de la teoría conocemos el nuevo concepto de institución para aclarar la relación entre el sujeto y el bien jurídico; así también, lo relativo al juicio de imputación. Sin embargo, para Sánchez-Vera hay dos aspectos desarrollados por Jakobs que merecen mención. El primero de ellos dice relación con la ampliación de los delitos de infracción de deber a *todos* aquellos casos

²⁸⁷ Ídem.

²⁸⁸ Ídem.

en que concurra una institución²⁸⁹ y además un autor que vendría siendo obligado especial, por lo mismo, los delitos de esta índole no solo serían aquellos que expresamente estén contemplados en la ley como delitos de infracción de deber propiamente tal, sino que podría ser un delito de estas características todo aquel que – aun tipificado como delito común- concurren todo tipo de lesión a una institución que provenga de un obligado especial²⁹⁰.

El segundo aspecto que menciona Sánchez-Vera en el desarrollo teórico hecho por Jakobs es la distinción –que en Roxin no fue considerada- entre los delitos de infracción de deber y los delitos especiales. Según el autor español el razonamiento de Jakobs es el siguiente “la ordenación de un delito como de infracción de deber o simplemente como especial depende de si el tipo sencillamente limita la posibilidad de ser autor a sujetos con unas determinadas características o, por el contrario, si existe un deber específico que garantiza una relación ya existente entre obligado y bien jurídico”²⁹¹. Y continua diciendo que serían delitos especiales aquellos delitos cuyo bien jurídico solo puede ser trasgredido por un grupo determinado de personas, por una forma especial de su actuar, o una tercera alternativa, cuando el bien jurídico solamente puede ser dañado de una determinada manera, la manera de determinar la intervención de estas personas en mediante el criterio del dominio del hecho²⁹².

Respecto del aporte que Jakobs hace a la teoría en lo relativo a la comisión por omisión, este penalista sostiene que “han de ser calificados como de infracción de deber sino únicamente aquellos cuyo autor sea un garante en virtud de una relación institucional”²⁹³.

²⁸⁹ Así, Jakobs enumera como posibles instituciones positivas: la relación paterno-filial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial, así como los deberes genuinamente estatales. Posteriormente suprime del elenco la institución del matrimonio. SESSANO Goenaga, Javier. “Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional”. Ob. Cit. p. 16

²⁹⁰ Cfr. SÁNCHEZ-VERA, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Ob. cit. p. 44

²⁹¹ *Ibidem* p. 45.

²⁹² *Ídem*.

²⁹³ JAKOBS, Günther. “Tratado de Derecho Penal”. En: Sánchez-Vera, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. p. 47

4.3.2. Consecuencias en la participación delictiva

A partir de lo mencionado sobre la teoría de infracción de deber, y teniendo presente que uno de los grandes temas discutidos es el relativo a la intervención delictiva, se establece que, respecto de estos delitos, se entenderá que el obligado especial es quien reviste la calidad de autor, sin perjuicio de su contribución en la consecución del delito, debido al quebrantamiento de los deberes que le han sido impuestos por la institución positiva.

Recordando lo antes dicho respecto de cuáles serían hipótesis de delitos de infracción, según el punto de vista de Roxin podríamos decir que son autores de delitos de esta índole aquellos obligados especiales cuya infracción de deberes se encuentre expresamente en la ley. Por otro lado, desde la perspectiva jakobiana, se señala que el obligado especial será siempre autor de los delitos de infracción de deber, sin importar que éstos se encuentren positivados expresamente, puesto que existe una lesión de un deber positivo, y lo relevante no es lo codificado sino lo interpretado. Además, según lo expuesto por Sánchez-Vera, en los casos en que la infracción del deber sea por omisión, la doctrina mayoritaria ha optado por sancionarla sin importar si se trata de una infracción positivada o no²⁹⁴. Por lo mismo, no parece descabellado, según las normas de la lógica y cierta postura de la doctrina –a la que no necesariamente adherimos-, aplicar este criterio sancionatorio en los casos de infracción del deber por comisión.

Luego, se ha analizado el grado de participación que se le adjudicaría a quien siendo obligado especial, participa en el dominio del hecho. Hay que entender pues que todo obligado especial debe obediencia a la institución positiva -de la cual deriva su deber positivo-, pero además, debe obedecer al mandato aplicado a todas las personas, es decir no infringir los deberes negativos. Por esta razón, se puede afirmar

²⁹⁴Cfr. SÁNCHEZ-VERA, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. p. 186

que, en los casos en que el obligado especial, sin dominar el hecho, participa en la comisión del delito, ha quebrantado por un lado la imposición hecha a toda persona, pero además, si se trata de un delito de infracción, el obligado especial incurriría en el incumplimiento de un deber positivo –ya sea por comisión, por vulnerar el bien jurídico con el que se relaciona directamente; como también por omisión, no proteger dicho bien-, lo que trae como consecuencia la autoría respecto del delito. Para ilustrar estos casos, Sánchez-Vera cita una jurisprudencia del Tribunal Supremo Español de fecha 6 de junio del año 2000. Se trata de un caso de violación de un padre hacia su hija de 11 años de edad, en que la madre que llevó a la menor a la habitación del matrimonio y facilitó la penetración. Entre otros señalamientos del Tribunal en este caso cabe destacar que “(...) Si en algo hubiera errado el juzgador de instancias, hubiera sido en atribuir a la acusada su responsabilidad como cooperadora necesaria, y no como autora directa (...)”²⁹⁵.

De todas formas, la intervención como autor, entendida desde la óptica clásica de esta teoría, requiere de características especiales, las cuales pueden no concurrir en todos los casos en que interviene el obligado especial. En estas hipótesis, según Roxin y Jakobs, cuando existe un obligado especial que incumple con su deber, pero carece de cualificación especial, estamos ante un caso de participación más que de una autoría. Habría pues fundamentos para justificar la punibilidad, pero faltarían presupuestos para la autoría.

Respecto de la coautoría se plantea la discusión respecto de dos hipótesis. Por un lado, sería posible desde la perspectiva de esta teoría encontrarnos con casos en que coincida un autor de un delito de dominio y un autor de un delito de infracción. La respuesta la da el mismo Roxin al señalar que ambos autores, sin duda, son figuras centrales del suceso, pero de forma independiente, es decir, figuras centrales de dos sucesos diferentes y, por lo tanto, no es posible hablar de coautoría pues ésta

²⁹⁵ Cfr. SSTS, 6 de junio de 2000. En: SÁNCHEZ-VERA, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. p. 191

presupone criterios de imputación únicos, aplicables a ambos autores, y en este caso, no hay coincidencias²⁹⁶.

Lo anterior no lleva a analizar la segunda hipótesis, que plantea la posibilidad de coautoría cuando se trata de varios obligados especiales. Partiendo de la base planteada por la hipótesis anterior, y siguiendo los principios fundadores de la teoría de infracción de deber, la que expresa que los deberes positivos tienen carácter de personalísimos, las lesiones cometidas por los obligados son lesiones independientes, sin conexión alguna, según el autor español –respecto de ambas hipótesis planteadas– estamos ante casos de autoría confluyente²⁹⁷.

En lo relativo a la autoría mediata, podemos decir que no es posible sostener la existencia de autoría de estas características en los delitos de infracción del deber²⁹⁸, y esto porque en estos delitos lo determinante es el incumplimiento de un deber positivo, y no la vinculación podría existir a partir del dominio del hecho. Esto se analiza a partir de la posibilidad de que una persona que no sea obligado especial –en adelante, extraneus– realice una conducta típica motivada por un intraneus –obligado especial. Ya sea la conducta del extraneus dolosa²⁹⁹ o no³⁰⁰, lo cierto es que la responsabilidad

²⁹⁶ ROXIN, C. “Täterschaft und Tatherrschaft”. En: Sánchez-Vera, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. Pp. 201-202.

²⁹⁷ Sin perjuicio de lo expuesto, Roxin y su discípulo Busse –en “Täterschaft”– suscriben la posibilidad de que exista coautoría en casos denominados de omisión múltiple cumulativa, esto es, una lesión realizada por varias personas de un deber conjunto. No obstante Sánchez-Vera descarta esta posibilidad citando a Lesch –en “Sukzessive Beihilfe”– quien menciona “...Si bien puede que ciertas instituciones positivas exijan a varias personas a la vez la edificación de un mundo común para ayuda y fomento de un bien jurídico, sin embargo, los deberes que se imponen son, per se, siempre individuales y personalísimos y nunca conjuntos”. Cfr. SÁNCHEZ-VERA, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. Pp. 202-204.

²⁹⁸ Cfr. SÁNCHEZ-VERA, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. Pp. 206-213.

²⁹⁹ La conducta dolosa del extraneus lo que puede generar es una responsabilidad como partícipe, inductor, incluso impunidad. En esta opinión Rodríguez Mourullo, Díez y García Conlledo, entre otros. Cfr. SÁNCHEZ-VERA, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. p. 209

³⁰⁰ “Toda incumbencia en virtud de una institución positiva y referida a que un determinado sujeto no adquiera un dolo delictivo y referida a que un determinado sujeto no adquiera un dolo determinado conduce a la responsabilidad por autoría y no, como ocasionalmente ha sido afirmado, a la responsabilidad

que recae sobre el intraneus que se encuentra detrás de los actos es inmediata, puesto que éste tiene el deber de ayuda y fomento del bien jurídico lesionado³⁰¹.

Sin duda uno de los temas más debatidos que abarca la postura de la infracción de deber es la participación que le cabría al extraneus en los delitos de esta índole. Las razones que la crítica ha señalado en contra de esta teoría dicen relación con la imposibilidad de participación ya que las reglas de imputación que se le aplican al autor del delito son inaplicables para responsabilizar al extraneus, además, este “partícipe” en nada debe comportamiento a la institución positivada, y a mayor abundamiento, ni siquiera de forma accesoria es posible aplicar sanción en consideración a que las obligaciones del intraneus son de carácter personalísimas. Ante estas opiniones los defensores de la tesis de Roxin, entre ellos Beling, explica “la inducción y la complicidad no tienen nada que ver con las condiciones de punibilidad del autor, igual que tampoco tienen que ver en sentido estricto con la ejecución que éste lleva a cabo. Y es que, si tuviesen algo que ver, dichos sujetos no serían ya meros partícipes, sino precisamente, coautores”³⁰². Sin perjuicio, no parece que debiese quedar impune el comportamiento del extraneus, puesto que contribuye a un delito, por lo mismo, en los delitos de infracción las reglas de participación se aplican al extraneus que queda vinculado a la institución positiva a través de un relación con el intraneus, como señala Sánchez-Vera, la participación del extraneus es accesoria, ya que interviene en el delito “(...) adhiriéndose a una lesión del deber ajena”³⁰³. Cabe agregar que lo anterior no es un criterio minoritario, la jurisprudencia española en el mismo sentido sostiene “la ley no impide la punibilidad del extraneus como partícipe en el delito del intraneus. Esta solución tiene una clara fundamentación normativa. El partícipe no infringe la norma

por inducción”. Cita de Sánchez-Vera Gómez Trelles quien comenta a Schmidhäuser. Cfr. SÁNCHEZ-VERA, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. p. 213.

³⁰¹ Cfr. SÁNCHEZ-VERA, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. p. 208

³⁰² BELING. “*Lehre vom Verbtechen*”. En: Sánchez-Vera, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Ob. Cit. p. 218.

³⁰³ *Ibíd*em p. 221

que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de participación que amplían el tipo penal³⁰⁴.

Aun cuando la teoría fundada por Roxin en esta exposición no esté completamente abarcada, para los fines de esta investigación, se han tocado los temas que a nuestro parecer son fundamentales para tener una idea de la aplicabilidad de esta postura en la resolución del problema de cuál sería el bien jurídico protegido.

4.3.3. El delito de cohecho como delito de Infracción de Deber

Como se ha mencionado a lo largo de la exposición sobre la teoría de la infracción de deber, la importancia de esta clasificación de delitos dice relación con la existencia de un sujeto activo que posee la característica especial de estar obligado positivamente a proteger cierto bien jurídico relativo a cierta institución. Este obligado especial, en la descripción de la teoría, no es mayormente definido, solo se explica a grandes rasgos que tiene un vínculo positivo con la institución la cual le otorga derechos y correlativas obligaciones de carácter personalísimas, pero no se habla sobre los casos específicos de intraneus. En este afán, Jakobs menciona instituciones de las cuales derivarían obligados especiales. Casos como la filiación, el matrimonio, o relaciones en que se exija un grado de confianza, aparentemente sería ejemplos de relaciones positivas entre institución y obligado especial.

Podría considerarse entonces en este tipo de relaciones, la generada entre los funcionarios públicos y la administración pública; entendiéndose por funcionario público aquel sujeto que ostenta un cargo público³⁰⁵, y administración pública toda forma de

³⁰⁴ STS. 20 de mayo de 1994. En: SÁNCHEZ-VERA, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Ob. Cit. p. 222.

³⁰⁵ “Cargo Público” se refiere, en palabras de profesor Bunster, “a cualquiera clase de vinculación, permanente o accidental, a las funciones propias de la administración pública, con las responsabilidades y deberes que ellas suponen” (lo subrayado es nuestro). En: ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”. ob. cit. p. 205

administración, ya sea propiamente administrativa, jurídicas, como también económicas, en general, todo ámbito en que se desenvuelva el Estado³⁰⁶. El cargo público confiere una serie de obligaciones al funcionario que son exclusivas de éste y que buscan la protección de un bien jurídico en particular. Por esto, no cabría duda que nos encontramos ante una hipótesis a la cual se le podría aplicar la teoría de la infracción del deber.

En el caso particular del delito de cohecho, en nuestra legislación, está regulado en el Título V del Libro II “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos” (lo subrayado es nuestro). Consideramos entonces que el sujeto activo del delito de cohecho es necesariamente un funcionario público, que incurre en un ilícito en el desarrollo de sus funciones. Este sujeto cumple con todos los requisitos mencionados en la teoría de la infracción del deber, puesto que ostenta una posición especial que lo distingue, que le otorga ciertas regalías, pero que por sobretodo, y para nuestros intereses, impone ciertas obligaciones que son propias del cargo, por lo mismo, no son exigibles al extraneus.

El deber de protección al que se somete el funcionario público respecto del bien jurídico protegido por la administración pública es el que en definitiva nos evidencia la aplicación de la teoría de Roxin. Es más, visto desde la perspectiva jackobsiana, la relación entre el sujeto y la institución, generada con anterioridad a los hechos que son motivo de delito, hace responsable de esos hechos al funcionario, independientemente del grado de intervención que haya tenido el sujeto en los acontecimientos, sino porque es esta relación lo obliga actuar en pos la protección del bien.

Por los motivos antes expuestos, es evidente que el caso del cohecho queda incluido dentro de los delitos funcionarios, y específicamente, de los delitos de infracción del deber, por lo siguiente; el cohecho en nuestra legislación, es un delito que en la mayoría de sus hipótesis establece como sujeto activo al funcionario

³⁰⁶ Ídem.

público³⁰⁷, quien es el solicitante o aceptante de un beneficio económico, no importando quien finalmente sea el beneficiario. En estos casos coincide sujeto activo –ejecutante del delito- con el funcionario público, son una misma persona, evitándose la confusión de los criterios de la imputación del delito con lo dicho por la teoría de infracción del deber (lo subrayado es nuestro).

Sin embargo, lo antes mencionado no es lo únicamente sancionado por el delito de cohecho. La regulación de este delito no es solamente vista desde la perspectiva del funcionario público como solicitante de un beneficio económico, sino que nuestro Código Penal³⁰⁸ agrega hipótesis en las que es un particular quien ofrece, consciente en dar, o derechamente da un beneficio económico –o de otra naturaleza, en el caso del artículo 251 bis-. Es evidente que en estos casos el autor material del ilícito –el particular- no coincide con los criterios de imputación que maneja la teoría de infracción del deber, y por lo mismo, estos casos de cohecho parecen ser los indicados para señalar la gran diferencia que establece esta teoría con lo dispuesto por la teoría del dominio del hecho.

Como ya señalamos en su oportunidad, a quien pretende sancionar la teoría de infracción del delito es a aquel sujeto que, vinculado previamente a una institución determinada, incurre en una irresponsabilidad al dejar desprotegido el bien jurídico que justifica la existencia de la mencionada institución. En consecuencia, cuando se generan situaciones en que se infringe un bien jurídico, esto es, cuando hay un hecho que reviste características de delictuales y es ejecutado por un particular -como es el caso denominado cohecho activo-, en los casos en que se aplica la teoría de infracción del deber, el autor material del hecho no es considerado autor del delito, sino que siempre será aquel que revista la responsabilidad de defender el bien jurídico, en este caso en particular, el funcionario público cohechado. Este funcionario tenía el

³⁰⁷ En los casos de los artículos 248, 248 bis y 249 de nuestro Código Penal.

³⁰⁸ Nos referimos a los artículos 250 y 251 bis, sobre cohecho a funcionario público extranjero, objeto de nuestra investigación.

imperativo, anterior al hecho, de velar por la invulnerabilidad del bien jurídico protegido por la administración pública.

En resumen, los casos de delitos funcionarios, y específicamente, los delitos de cohecho, se podrían encasillar como hipótesis de teoría de infracción del deber, por los motivos ya expuestos anteriormente, sin perjuicio, hay quienes señalan que esta teoría no basta para justificar la sanción por este ilícito cuando concurre un hecho-delito que no fue materializado por el funcionario público.

4.3.4 Posturas en contra de la concepción de los delitos contra la función pública como delitos de infracción de deber

Esta postura ha sido criticada por variados sectores de la doctrina. A continuación se expondrá brevemente los argumentos en contra de la tesis propuesta por Roxin.

En primer lugar la teoría de la infracción del deber es considerada inadecuada en cuanto se centra en la infracción de deberes por parte del funcionario público, no siendo necesariamente todas estas infracciones, actos constitutivos de delito³⁰⁹. Es más, las conductas funcionarias contrarias a la buena administración están reguladas en estatutos y leyes aplicables exclusivamente a dicha institución, no es exclusivamente el Código Penal el instrumento legal que regula estas situaciones, es decir, no todas las infracciones funcionarias son objeto de persecución penal.

En segundo lugar, se ha calificado esta teoría como autoritaria por parte de sus detractores, en cuanto no se tiene en cuenta la relación entre el Estado y los ciudadanos, sino solamente la relación entre el Estado y los funcionarios. Se dice que

³⁰⁹ BACIGALUPO, Enrique. “Estudios sobre la parte especial del derecho penal”. Ediciones Akal. Madrid. 1991. p. 350.

ésta última relación es materia del Derecho Administrativo, y que en definitiva la relación entre Estado y ciudadanos es la que es realmente relevante para el Derecho Penal. En este sentido se dice que “estos delitos no existen simplemente por la infracción de un deber, sino por el ataque a un bien jurídico. Si unos órganos están supeditados a otros es porque dicha supeditación se estima necesaria para que la Administración funcione y sea eficaz y, dando un paso más, para que dicha eficacia se traduzca en un correcto servicio a la sociedad, porque de otra manera no podría explicarse el sacrificio de libertad de unos ciudadanos, los funcionarios”³¹⁰. Así, respecto al objeto de protección se dice que “lo protegido no es el vínculo jurídico existente entre la Administración y las personas que de ella dependen, sino el propio desempeño de la función pública, por ser esto lo que puede llegar a afectar –en términos de perjuicio o beneficio- a la ciudadanía”³¹¹.

A mayor abundamiento, se ha considerado que esta teoría trasgrede el principio de legalidad. La explicación es la siguiente; respecto de la transgresión del principio de legalidad, por un lado, Muñoz Conde expresa que “los delitos quedan configurados sobre la base de deberes que adolecen de una gran vaguedad”³¹², poniendo así en peligro este principio; por otro, la legalidad se vulnerada por cuanto ignora las acciones de inducción o cooperación³¹³, ya que siempre se considerarían hipótesis de autoría.

Por último, se señala que esta teoría constituye una distinción superflua, que nada nuevo aporta a las ya existentes categorías de delitos comunes y delitos especiales³¹⁴. Sin embargo, a esta crítica y a todas las demás, la teoría de Roxin ha

³¹⁰ Cfr. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. Ob. Cit. p. 83.

³¹¹ MÉNDEZ Rodríguez, C. “Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionario públicos en el ejercicio de sus cargos”, en “Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. José Ramón Casabó Ruiz”, Vol. II. Valencia 1997. pp. 367-368. Citado por Rodríguez, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. cit. p. 99.

³¹² MUÑOZ Conde, Francisco. “Introducción...”. En: Ossandón, María Magdalena. “Delitos especiales y de infracción de deberes en el Anteproyecto de Código Penal”. Política Criminal. N° 01. 2006. p. 10. [En línea] < www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_4.pdf >

³¹³ Ídem.

³¹⁴ OSSANDÓN, María Magdalena. “Delitos especiales y de infracción de deberes en el Anteproyecto de Código Penal”. Política Criminal. N° 01. 2006. p. 12.

encontrado respuesta, no obstante, este trabajo no trata sobre las posturas a favor o en contra de lo propuesto por este penalista y sus seguidores, sino sobre el bien jurídico detrás del delito de cohecho instaurado por la Convención de la OCDE. La teoría de la infracción del deber solo es una forma de explicar el bien jurídico protegido por el delito de cohecho a funcionario público extranjero regulado por el artículo 251 bis de nuestro Código.

CAPÍTULO V

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE COHECHO A FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO: UNA PROBLEMÁTICA MODERNA

5.1. EL DELITO DE COHECHO A FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

En el capítulo anterior se hizo mención a la posibilidad de establecer al delito de cohecho como un delito de infracción del deber. En esa referencia se explicó que el funcionario público era, según nuestro análisis, un obligado especial respecto de la administración, y en consecuencia, si este funcionario incurría en una conducta tipificada como cohecho, podía ser calificada como una infracción de su deber para con la institución a la que pertenece, puesto que éste tiene la obligación previa de velar por la protección de los bienes que fundamentan dicha institución.

Cuando hablamos del delito de cohecho como delito de infracción del deber no se mencionó la protección de un bien jurídico específico; la relevancia de la sanción no se centraba en la vulneración de un bien jurídico, sino en la vulneración de un deber, cualquiera que fuera el bien jurídico protegido dependerá de lo protegido a su vez por la Administración. Además, se agregó el hecho de que existen varias hipótesis de este delito en nuestra legislación, en las que los hechos tipificados como ilícitos no solo eran imputados por el funcionario, sino también por particulares, casos de sobornos que

explican a cabalidad la idea fundada por Roxin, la que expresa que es el funcionario el autor del delito de cohecho, sin perjuicio de que haya sido otro quien haya ejecutado el hecho, en palabras de profesora María Magdalena Ossandón “el obligado especial o intraneus va a responder sólo y siempre como autor del delito, con independencia de la entidad de su contribución o del dominio que tenga sobre el hecho”³¹⁵.

Los argumentos en contra de la postura de la infracción de deber aplicada a los delitos funcionarios se vieron en su oportunidad, y dicen relación fundamentalmente con lo innecesaria que es la teoría para justificar la punibilidad, como así también la transgresión a los principios que justifican el sistema penal.

No obstante todo lo anterior, queda por revisar el caso más reciente de cohecho a la luz de la Teoría de Roxin, este es el delito específico de cohecho a funcionario público extranjero, creado por la Convención de la OCDE para combatir el soborno transnacional, e incorporado por la Ley N° 20.341 en el artículo 251 bis del Código Penal. Como señala el mismo artículo, el ofrecimiento, promesa o dación hecha por un particular va dirigida a un funcionario público, que además tiene la característica distintiva de ser extranjero; en otras palabras se trata de una persona que goza de un cargo público, ya sea legislativo, judicial o administrativo, en un país extranjero, o en un organismo de público internacional.

Como ya vimos, en los casos en que es el particular el sujeto que realiza el hecho sancionable, y el funcionario es quien recibe directa o indirectamente el beneficio, podemos ver que, bajo la lupa de la infracción del deber, demuestran de forma más evidente el rol que cumple el obligado especial en la escena delictual. No nos preocuparemos del grado de participación del particular –pues ya lo analizamos al abordar esta teoría-, sino que cabe resaltar que el funcionario, como obligado positivo,

³¹⁵ OSSANDÓN, María Magdalena. “Delitos especiales y de infracción de deberes en el Anteproyecto de Código Penal”. Política Criminal. N° 1. 2006. p. 6 [En línea] <www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_4.pdf>

al quebrantar su deber, responde siempre como autor del delito de cohecho. Lo anterior se podrá afirmar si consideramos que estamos en presencia de un delito de infracción del deber³¹⁶, puesto que es la obligación infringida, es una obligación que previamente se estipuló con la institución, en este caso, la Administración.

Ahora, cuando se trata de un funcionario público extranjero, hay varios aspectos que nos producen dudas sobre la aplicación de la teoría de infracción de deber. Para entender el contexto analizaremos por separado, cuando se trata de un funcionario público que se encuentra bajo el mandato de un organismo público de un país extranjero, y por otro lado, cuando nos encontramos con un funcionario que cumple órdenes de un organismo público internacional.

En el primer caso que mencionamos en el párrafo anterior, cuando se trata de un funcionario que presta servicios a la administración pública de un país extranjero, nos encontramos ante el siguiente escenario: nuestra legislación, según el artículo 251 bis, sanciona al particular que otorga o promete otorgar un beneficio a un funcionario de las características mencionadas. Aplicando la teoría de la infracción del deber, se perseguiría en consecuencia la autoría respecto del funcionario, él es quien ha incumplido la obligación derivada de su cargo, sin embargo, nos parece confuso que la legislación chilena tenga que hacerse cargo de la autoría de un funcionario, que en principio, no ha materializado el hecho, pero por sobre todo, un funcionario que tiene una obligación con la administración de la Nación extranjera, y de ninguna manera con la organización administrativa chilena. Desde el punto de vista del artículo redactado en nuestro código, y así se ha manifestado, solo nos debería preocupar la persecución de ese particular que sobornó o tuvo intenciones de hacerlo; si le damos relevancia al hecho del incumplimiento de las obligaciones del funcionario, perdería fuerza la persecución del sobornante, y en consecuentemente sería absurda la redacción de un artículo en estos términos.

³¹⁶ Cfr. SÁNCHEZ-VERA, Javier. “Delito de Infracción de deber y participación delictiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. p. 183

A mayor abundamiento, si ya resulta dificultosa la persecución del particular, considerando que se contempla en la Convención el mecanismo de la extradición³¹⁷ para poder seguir un procedimiento penal en el país del sobornante que es en donde comúnmente reside; esta herramienta es imposible de aplicar pensando en la sanción al funcionario extranjero, esto porque los tribunales chilenos solo tienen jurisdicción para conocer del cohecho a funcionario público extranjero en el caso de que el sobornante sea un chileno o por un residente habitual en Chile, según lo dispuesto en el nuevo inciso segundo del numeral 2 del artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, por lo mismo, no es posible bajo ningún punto de vista sancionar en Chile al funcionario de nacionalidad extranjera que ha sido sujeto de soborno por un chileno o residente habitual de Chile. Sin dejar de mencionar que el requerimiento de sanción podría provocar perfectamente un conflicto político-diplomático entre naciones. En definitiva, la responsabilidad de perseguir la autoría, si consideramos la teoría en comento, es del país de la administración donde presta sus servicios el funcionario.

Por último y como ya dijimos, está una segunda categoría de funcionarios, dependientes de las organizaciones públicas internacionales. Si pensamos en la misma situación mencionada en el párrafo anterior, cuando el particular soborna al funcionario, según Roxin y sus seguidores, sería el administrativo el imputado como autor por el delito de cohecho. Se puede entender que las obligaciones que ha contraído el funcionario lo hacen responsable por su infracción ante la institución, y ante el Derecho penal –en (según la) teoría- pero se genera el mismo problema de persecución que mencionamos anteriormente, porque no es un funcionario que esté supeditado a la legislación nacional, por lo mismo, difícil –más bien, inoficioso- de perseguir penalmente. Sin perjuicio de lo anterior, las instituciones internacionales cuentan con una variedad de mecanismos de persecución jurídica, que trascienden el espectro penal, y que tienen el mismo objetivo, el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el funcionario con la Administración.

³¹⁷ Cabe citar el párrafo primero del artículo 10 de la Convención, el que dispone que el cohecho a un servidor público extranjero será considerado delito que dará lugar a la extradición bajo las leyes de las Partes y los tratados de extradición que existan entre ellas.

Al fin y al cabo, independientemente de que el funcionario sea nacional, de un país extranjero o de un organismo internacional, el hecho de que nuestro legislador haya modificado la normativa endureciendo las penas a la figura del particular, incluso, equiparándolas a las del funcionario, pone en evidencia que la su intención es la protección de un bien jurídico determinado y no la sanción por el incumplimiento de un deber especial que en este caso tiene el funcionario público con la Administración y la sociedad en general. De lo contrario, la actuación del particular, no importaría una pena tan grave como es en la actualidad; en este sentido, pareciera ser que lo importante aquí es la sanción misma del ilícito en orden a la protección de un bien merecedor de esta tutela penal.

Nos parece que a nivel internacional la teoría de la infracción de deber es débil, no hay manera de sancionar penalmente al funcionario, salvo que se sigan procesos paralelos en los países que se vean involucrados. Y es que, en definitiva, la discusión se diluye en ver quien sancionará a quien, sin llegar a determinar qué es lo defendido penalmente, que según nuestra apreciación debiera ser un bien jurídico que se encuentra por sobre cualquier tipo de institución, y que no es protegido por la teoría establecida por Roxin, que aborda como punto principal, la discusión sobre la autoría del obligado especial y del deber por el deber.

5.2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE COHECHO A FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO Y FUNDAMENTACIÓN DE SU TUTELA PENAL

Es importante comenzar este apartado destacando la particular situación del delito de cohecho a funcionario público extranjero respecto de la determinación del bien jurídico tutelado con su establecimiento tanto en normas de carácter nacional como internacional. En efecto, la discusión acerca de este tema es casi inexistente y más aún bastante nueva, esto tiene que ver con que el delito de cohecho a funcionario público extranjero es un delito innovador en cuanto se hace necesaria su aparición con

el incremento de las relaciones comerciales internacionales, producto de la apertura del comercio y los tratados internacionales en esta materia. En este escenario, los particulares, en virtud de las normas que rigen el comercio internacional y en especial de las normas de Aduana, deben relacionarse con funcionarios de entidades estatales, siendo un problema la comisión de un delito como el soborno, cuando era cometido por un particular extranjero, ya que no podía ser sancionado en el país del funcionario en atención al principio de la territorialidad de la ley.

Así las cosas, la tipificación de este delito se llevó a cabo por primera vez en Estados Unidos, con la entrada en vigencia de la “*Foreign Corrupt Practices Act*” del año 1977, a propósito del caso *Watergate* respecto del cual se descubrió que algunas compañías locales habrían sobornado a funcionarios públicos de otros países³¹⁸.

La “*Foreign Corrupt Practices Act*” establece, como sujetos activos del delito a los particulares nacionales o residentes de Estados Unidos; las empresas, asociaciones, sociedades, que tengan su principal plaza de negocios en Estados Unidos o bien que estén organizados bajo las leyes de ese país, o de un territorio o Estado libre asociado a Estados Unidos. Luego, el verbo rector que contempla esta Ley, es la entrega u ofrecimiento de bienes a un funcionario público extranjero con el fin de conseguir la obtención o conservación de un negocio. No obstante, el ofrecimiento o entrega abarca desde la promesa de pago, pasando por regalos, autorizaciones de pago, ofrecimiento o promesa de entrega de cualquier cosa de valor, hasta llegar al pago efectivo. Lo que tienen en común estos elementos, es que la ventaja obtenida u ofrecida al funcionario público debe ser de carácter pecuniario³¹⁹. Ahora, las condiciones que necesariamente debe reunir este pago u ofrecimiento son las siguientes: debe ser cometido mediante contacto por cualquier medio de comunicación o a través de un mandatario, pero observando siempre la existencia de

³¹⁸ Cfr. MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 49.

³¹⁹ Cfr. MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 54.

un vínculo entre Estados Unidos y el país extranjero; y este acto debe ser ilegítimo o corrupto según las leyes del país del agente o funcionario sobornado³²⁰.

Respecto del sujeto pasivo, la “*Foreign Corrupt Practices Act*”, contempla un espectro mucho más amplio que la Convención para combatir el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales de la OCDE, ya que no sólo contempla al funcionario público incluso en su sentido más amplio, sino también a organizaciones, como partidos políticos extranjeros, funcionarios y candidatos de estos partidos considerados individualmente, e incluso cualquier persona que sirva de intermediario entre quien soborna y cualquiera de los sujetos indicados anteriormente, permitiéndose la existencia de hipótesis de soborno indirecto, que eventualmente podría ser punible bajo este punto de vista.

En este cuerpo legal, la finalidad del delito es sumamente importante, ya que no todo ofrecimiento o entrega constituye delito de cohecho, sino que se debe tratar de un ofrecimiento o entrega destinado a la conservación, obtención o facilitación de un negocio determinado³²¹. Esto es de la mayor importancia, toda vez que a partir de esta ley, los cuerpos legales que tratarían el cohecho transnacional lo harían desde ese punto de vista, de lo contrario, un simple ofrecimiento para evitar una multa de tránsito podría constituir soborno transnacional, y es en este sentido que también la Convención de la OCDE avanza, ya que viene a delimitar las hipótesis de soborno transnacional, fundamentando el establecimiento mismo del delito en pos de la protección de un bien jurídico que concierne a toda la comunidad internacional y sobre el que hablaremos más adelante en este trabajo.

Del análisis del delito en cuestión identificamos algunos aspectos que coinciden con la tipificación del delito en nuestra legislación, específicamente respecto del verbo rector que puede ser entregar y ofrecer (aunque el funcionario no necesariamente

³²⁰ Cfr. MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 55.

³²¹ Cfr. MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 58.

accepte, el delito se configura de todas maneras), y de la finalidad, ya que desde el punto de vista del tipo subjetivo, entendemos que este delito solo puede ser cometido con dolo, ya que no se puede asumir que una persona que actúa con negligencia efectivamente realice un acto tendiente a la obtención o conservación de un negocio.

Luego de esta primera aproximación a la tipificación del delito de cohecho a funcionario público extranjero, la comunidad internacional comienza a entender que la necesidad de tipificar este delito a un nivel mayor es imperiosa, toda vez que las relaciones comerciales internacionales comienzan a tomar más relevancia a partir del fenómeno de la globalización, y el ritmo del tráfico internacional de bienes y servicios aumentaba en intensidad. De esta forma, las ideas de cooperación y solidaridad internacional sirven de fundamento para la creación del primer instrumento internacional que viene a recoger dentro de su estructura a este delito; estamos hablando de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de fecha 29 de marzo del año 1996. La propuesta de incorporar el delito de cohecho a funcionario público extranjero, también llamado soborno transnacional, nace de Estados Unidos, país que propone una fórmula muy similar a la empleada en la "*Foreign Corrupt Practices Act*", invitando a los países suscriptores a tomar el compromiso de tipificación de este delito junto con la creación y aplicación de penas en el caso de que sus nacionales sobornaren a funcionarios extranjeros³²².

Ahora, el tipo penal que promueve la Convención se encuentra inserto en el artículo VIII de la misma, estableciendo como verbo rector las acciones de ofrecer u otorgar un beneficio a un funcionario público extranjero a cambio de la obtención de una ventaja que sin ese ofrecimiento u otorgamiento no se obtendría. No obstante, la Convención contempla también hipótesis de comisión indirecta, la que se asimila mucho a la establecida en la "*Foreign Corrupt Practices Act*", ya que el delito se verá configurado aún cuando se actúe a través de un intermediario, y éste será considerado sujeto activo siempre y cuando conozca la finalidad de la comisión, es decir, que actúe

³²² Cfr. MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 89

con dolo. Si no conociese la finalidad a la que apunta el beneficio otorgado u ofrecido, se ampliará la acción del mandante, el que será considerado sujeto activo³²³.

Respecto del sujeto pasivo del delito, la Convención establece que será en este caso, el funcionario público de un Estado distinto al del sobornante, esto último es muy importante, ya que aquí es donde salta a la luz la característica más importante del soborno transnacional, que lo diferencia del delito de soborno tipificado en las legislaciones nacionales: el bien jurídico que se protege es distinto. Se afirma lo anterior en cuanto no se puede decir que en el caso del delito de soborno transnacional el país que lo tipifica está protegiendo su propia Administración Pública, o sólo las expectativas de sus nacionales respecto del funcionamiento de la misma o del servicio que ésta entrega, ya que el funcionario es justamente extranjero. Y entonces, ¿cuál es el bien jurídico que se estaría protegiendo?, es lo que veremos más adelante cuando hablemos de la justificación de la tipificación de este delito, es decir, de la fundamentación de la tutela penal del bien jurídico que se protege.

Ahora, continuando con el sujeto pasivo en la Convención Interamericana contra la Corrupción, podemos decir que “la categoría de funcionario público abarca a los representantes o empleados de cualquiera de los poderes del Estado, de cualquier jerarquía”³²⁴.

En lo que respecta al beneficio obtenido, la convención establece que en primer lugar éste debe ser otorgado a un funcionario público extranjero, pero a diferencia de la “*Foreign Corrupt Practices Act*”, no es estrictamente necesario que sea de carácter pecuniario, pudiendo consistir también en dádivas, promesas, favores o ventajas. Así el abanico de hipótesis se amplía en cuanto a la configuración del tipo³²⁵, por ejemplo, a diferencia de las demás regulaciones, el ofrecimiento de la realización de un acto de

³²³ Cfr. MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. pp. 94-95

³²⁴ OEA. “Convención Interamericana contra la Corrupción”. 1996. Artículo I.

³²⁵ OEA. “Convención...”. ob cit. Artículo VI, letra b.

índole sexual podría considerarse soborno a la luz de este cuerpo legal; algo similar ocurría en la legislación chilena respecto del soborno antes de las reformas tratadas en los capítulos anteriores.

En cuanto a la finalidad de la entrega u ofrecimiento del beneficio al funcionario, el tipo no presenta diferencias respecto de la “*Foreign Corrupt Practices Act*”, toda vez que debe apuntar a la realización u omisión por parte del funcionario, de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, desprendiéndose de ésta sólo la posibilidad de que los actos realizados por el particular sean dolosos, ya que no se puede asumir que por negligencia alguien efectivamente ejecute ciertos actos que llevaran a tal finalidad.

Por último, encontramos el instrumento legal más reciente en cuanto a la regulación del delito de cohecho a funcionario público extranjero, también llamado soborno trasnacional, y principal objeto de nuestro trabajo: la Convención para combatir el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales del año 1997. Nos referiremos brevemente a ella, toda vez que ha sido tratada en el Capítulo II de este trabajo.

Básicamente, esta Convención viene a ser la evolución de los esfuerzos a nivel internacional para combatir este delito, y en definitiva poder regular ciertas conductas que producen un grave daño en el ámbito de las relaciones internacionales, específicamente en las relaciones comerciales internacionales, muy importantes en un mundo globalizado como el de hoy.

Ahora, como se explica en el Capítulo II de este trabajo, la Convención trata de manera muy minuciosa lo que debe entenderse por cohecho a funcionario público extranjero, pasando por la determinación del sujeto activo y pasivo, estableciendo formas de participación, conductas punibles, consumación, consideraciones en cuanto al tipo subjetivo, e incluso su bien jurídico protegido, siendo defendida esta afirmación

sólo por algunos autores que indican que éste se encontraría tratado implícitamente en su preámbulo. Este cuerpo legal constituye hasta el momento la regulación más completa del delito y de sus sanciones penales.

Habiendo examinado brevemente la evolución normativa del delito de cohecho a funcionario público extranjero cabe preguntarse sobre el bien jurídico protegido por este delito y en definitiva por la fundamentación de su tutela penal.

Este es un tema que no ha sido mayormente tratado en Chile, como vimos en el Capítulo IV de este trabajo, ya que incluso tema del bien jurídico protegido en el delito de cohecho a nivel nacional es escasamente abordado, sin embargo, encontramos algunos autores que han venido a plantear el inicio de una interesante discusión, la cual empieza a tomar fuerza también en otros lugares del mundo.

A partir de lo anterior, es posible destacar algunas posturas sobre el bien jurídico protegido por este delito y en consecuencia, sobre la fundamentación de su tutela penal.

En primer lugar, basándose en las consideraciones más tradicionales sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho, se podría afirmar que el objeto de tutela penal respecto del delito de cohecho a funcionario público extranjero o soborno transnacional es la integridad de la Administración Pública del país del cual el funcionario público es nacional. Pero la sanción sólo podría aplicarse en el caso en que sea el mismo funcionario el que solicite un beneficio o consienta en cometer la acción u omisión solicitada por el particular, conducta que en nuestro código penal corresponde al cohecho pasivo; ¿pero qué ocurre en el caso en que un particular extranjero soborne a un funcionario chileno que a su vez rechaza la oferta?: este particular no podría ser sancionado por el Estado al cual pertenece el funcionario, principalmente en virtud del principio de territorialidad, que consiste en la aplicación de la ley penal a los delitos

cometidos dentro del territorio del propio país que legisla, “todos los países reconocen, como mínimo, este principio como la base más importante de aplicación de sus leyes”³²⁶.

Ahora si el soborno es cometido vía telefónica o por carta, entonces, ¿en qué país se comete el delito?, la respuesta es clara: en el país al cual pertenece el particular, al cual su propio Estado no puede sancionar, toda vez que no se está dañando la Administración Pública del mismo, ya que el funcionario sobornado no pertenece a éste.

La situación antedicha evidencia un problema que si bien en el pasado no parecía tan relevante, hoy se presenta ante nosotros a todas luces, producto del incremento de las relaciones comerciales internacionales en los últimos años. Producto de estos problemas, es que la regulación del delito de cohecho a funcionario público extranjero se hizo necesaria; no obstante, el objeto de protección del establecimiento del delito no fue tratado por la doctrina sino en los últimos años y por un número muy reducido de autores.

Conductas como el ofrecimiento de beneficios económicos a cambio de acciones u omisiones conducentes a la obtención de un beneficio no contemplado en la ley o los tratados internacionales a favor del particular, pueden generar un grave daño, no solo a aquellos involucrados en el negocio y que sufran las consecuencias directas del delito, sino también a la sociedad, y las expectativas de los ciudadanos respecto del funcionamiento de la Administración Pública, no solo respecto de su país, sino también de las naciones extranjeras.

Dentro de la misma línea de la postura más tradicional, salta a la vista otra posible determinación del bien jurídico protegido por el delito de cohecho: La

³²⁶ MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 42.

Administración Pública Extranjera. Creemos que, en virtud del principio de soberanía nacional, no puede afirmarse que este sea objeto de tutela de este delito, toda vez que un país no puede atribuirse la protección de la Administración Pública de otro. Además, esta situación produciría problemas prácticos e ineficiencia en el mismo sistema de Administración Pública de cada país, defraudándose aún más las expectativas de los ciudadanos que son en definitiva destinatarios del servicio. La afirmación antes mencionada, tiene que ver con la estructura de principios que observa el sistema de derecho internacional, el que tendría que verse modificado de raíz al permitir la intromisión de legislaciones nacionales en asuntos extranjeros, y además en la determinación del bien jurídico a proteger, toda vez que debería elevarse a la categoría de bien jurídico universal, el funcionamiento de la Administración Pública extranjera, lo que generaría problemas a nivel doctrinario, legislativo y práctico, ya que no todos los sistemas de Administración Pública de los distintos países se rigen por las mismas formas de actuación.

Otra postura en torno al tema, habla de la “lealtad internacional” como bien jurídico protegido por el delito de cohecho a funcionario público extranjero, toda vez que este delito “atenta claramente contra las reglas de la competencia global, que deben estar apoyadas en la lealtad”³²⁷. Se dice que el sistema de comercio exterior está basado en este principio y por tanto, debe ser protegido por todos los países, a través del ejercicio de su jurisdicción, dentro de su territorio, en pos de la tutela de un bien jurídico que pertenece a todos y que tiene carácter internacional.

Esta postura puede ser criticada por razones similares a las mencionadas respecto de la lealtad para con la Administración como bien jurídico protegido, toda vez que no sólo este delito puede lesionar esta lealtad, sino también otros delitos funcionarios como por ejemplo el tráfico de influencias. Lo que nos lleva a concluir que la existencia y observancia de esta lealtad permite proteger el auténtico bien jurídico protegido por este delito, cumpliendo entonces, el rol de un bien jurídico “medial”. Lo

³²⁷ MANFRONI, Carlos. Ob. Cit. p. 40

anterior es de la mayor importancia, toda vez que si se quiere proteger un bien jurídico a través de la tipificación de un delito, este debe ser determinado, y requerirse respecto de éste el daño directo y exclusivo de la conducta que se quiere castigar, sobre todo si se trata de un delito especial como es el de cohecho a funcionario público extranjero.

Cuando hablamos de que la lealtad internacional es un bien jurídico “medial”, queremos decir que a través de la protección del mismo, o bien, a través de su conservación, se alcanza la protección del que viene a ser el verdadero objeto de protección, ya que la lealtad internacional puede estar envuelta o bien ser parte del proceso de protección de otros bienes jurídicos en distintos delitos, los que a su vez pueden ser supra individuales y en consideración a esta naturaleza pueden necesitar de los bienes jurídicos mediales. Creemos es el caso del bien jurídico protegido en el delito de cohecho a funcionario público extranjero.

Por último, existe aquella posición que identifica el bien jurídico protegido en el delito de cohecho a funcionario público extranjero con el “normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales”³²⁸. Los autores que defienden esta postura analizan la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OCDE, llegando a la conclusión de que la determinación de este bien jurídico protegido se desprendería del preámbulo de la misma, en la cual se señala el objetivo de prevenir y reprimir las conductas que configuren este delito, toda vez que alteran el desarrollo económico y distorsionan las condiciones competitivas internacionales³²⁹.

En el fondo, lo que aquí se identifica como bien jurídico protegido por el delito de cohecho a funcionario público extranjero, son las expectativas de los miembros de

³²⁸ OLIVER, Guillermo. “Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho”. Ob. Cit. p. 43. En el mismo sentido, Rodríguez, Luis; Ossandón, M^a Magdalena. “Delitos contra la función pública”. ob. Cit. p. 356.

³²⁹ Cfr. OLIVER, Guillermo. “Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho”. Ob. Cit. p. 44.

la comunidad mundial respecto del funcionamiento de los distintos sistemas de Administración Pública de los países con los que los particulares se relacionan en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, en cuanto al servicio que prestan y garantizan a los ciudadanos, y su rol preponderante en el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales.

Como indicábamos en el Capítulo IV de este trabajo, se dice que la Administración debe asegurar a los ciudadanos su participación en un sistema objetivo, imparcial y confiable para mantener las relaciones, de manera que éstos puedan cumplir sus objetivos; así, el ciudadano tiene una expectativa respecto a esta garantía. Podemos entonces entender que respecto al delito de cohecho a funcionario público extranjero, esta expectativa tiene dos aspectos: existirá respecto de la relación que el país al que pertenece tiene con ciudadanos extranjeros en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, y a su vez existirá respecto de las relaciones que un país extranjero mantenga con los ciudadanos del país al cual él pertenece.

En este sentido, llegamos a la misma conclusión esbozada en el Capítulo IV de este trabajo, cual es que las instituciones sociales son necesarias para la satisfacción de los intereses de cada ciudadano, y en el caso particular, para cada miembro de la comunidad mundial, y cuando existe un ataque a al funcionamiento de estas instituciones se produce un daño a sus expectativas, generando desconfianza, lo que vendría a su vez, a desmoronar la estructura misma de las transacciones comerciales internacionales, ya que uno de sus pilares fundamentales tiene que ver con la confianza en el trato igualitario que reciben los distintos actores en los negocios de comercio internacional³³⁰.

De la misma manera en que lo explicábamos en capítulos anteriores respecto del delito de cohecho, pareciera ser que, el delito de cohecho a funcionario público

³³⁰ ONU. “Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, 1980 (preámbulo).

extranjero es también un delito de peligro abstracto. De esta manera, se puede hacer el ejercicio de observar que si bien un acto aislado de soborno transnacional no es suficiente para lesionar realmente el funcionamiento del normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales, su repetición llevará a la lesión de bienes jurídicos intermedios que inevitablemente terminarán menoscabando el bien jurídico protegido por el delito de cohecho a funcionario público extranjero.

Así las cosas, este delito lesionará el bien jurídico cuando el funcionario público extranjero acepte un beneficio económico a cambio de la realización de un acto propio de su cargo, ya que impedirá que el servicio se preste de manera correcta, y en este caso, el país al cual este funcionario pertenece lo sancionará por delito de cohecho; a su vez se pondrá en peligro el bien jurídico, desde la perspectiva del particular cuando ofrezca un beneficio económico, generando peligro de que el funcionario acepte, toda vez que la pérdida de confianza en el sistema de comercio internacional por parte de los miembros de la comunidad mundial, podría llevar al quebrantamiento de un sinnúmero de principios que informan las relaciones comerciales internacionales, mermando su normal desarrollo, lo que en aplicación de la Convención, lo llevaría a sufrir las penas contempladas en ésta por cumplirse la hipótesis de soborno transnacional.

Según lo anterior, podemos decir que la fundamentación penal del establecimiento del delito de cohecho a funcionario público extranjero se desprende de la existencia de un sistema regulatorio de las relaciones comerciales internacionales y en especial, de la utilidad que su funcionamiento presta a los ciudadanos. Esta utilidad se podrá concretar sólo en la medida en que este funcionamiento tenga como eje principal, el normal desarrollo de estas relaciones, el que se logrará a través del aseguramiento de la intervención de entes objetivos y confiables, que propendan al trato igualitario de los actores que participan en él, y de la lealtad internacional que informa en particular, los negocios comerciales celebrados a través de las fronteras.

CONCLUSIONES

Atendiendo el análisis de la evolución normativa del delito de cohecho en Chile, cabe decir que éste ha experimentado un número muy reducido de modificaciones - no es difícil llegar a esta conclusión, puesto que tuvo que pasar casi cien años desde su establecimiento, para poder ser modificado por primera vez-, algo parecido ha ocurrido en la legislación comparada. Y es que efectivamente, a pesar de que el fenómeno de la corrupción iba creciendo e incluso reinventándose junto con la evolución de la sociedad, por décadas las hipótesis establecidas en los tipos penales no abarcaban conductas que, a todas luces, constituían actos de corrupción. Sin embargo, en las últimas décadas esta realidad cambió. El legislador, a través de distintos cambios introducidos al delito en análisis, logró tipificar las conductas dejadas fuera por la regulación original y más aún, la comunidad internacional instó al establecimiento de otros tipos penales que contempla hoy el delito de cohecho. En este sentido, es importante destacar la importancia que este delito ha ido tomando conforme la sociedad evoluciona hacia un mundo globalizado, donde las relaciones internacionales son muy importantes, y a su vez, la misma imagen que den las instituciones de cada país tomará un rol preponderante a la hora de ser protagonista de estas relaciones, y parte del desarrollo económico, político y social mundial.

En concordancia con lo anterior, la doctrina tanto nacional como internacional no ha desarrollado completamente las distintas problemáticas que ya presentaba el delito de cohecho, ni las que presenta hoy con el establecimiento de un tipo penal de corte internacional, como es el delito de cohecho a funcionario público extranjero. En el fondo, y a pesar de los esfuerzos del poder legislativo en virtud de las exigencias políticas que en ese momento propiciaron los cambios, se hizo necesario que, no solamente el legislador fuera parte del proceso de modernización del delito en comento, sino también los juristas, jueces, y la sociedad en general.

En cuanto a las problemáticas que presenta el delito de cohecho, nos encontrarnos con la discusión sobre su naturaleza unilateral o bilateral. Algunos autores se inclinan por afirmar que el delito de cohecho es un delito bilateral, ya que para su comisión se requiere la concurrencia de dos personas (el funcionario y el particular), mientras que otra parte de la doctrina afirma que se trataría de un delito unilateral, toda vez que para la configuración del tipo bastaría sólo la solicitud de un beneficio por el funcionario público al particular, o por el contrario, el ofrecimiento de un beneficio por parte del particular al funcionario público. No obstante lo anterior, la doctrina mayoritaria ha postulado que cuando hablamos de cohecho, hablamos de un delito esencialmente unilateral, y con toda razón, ya que si analizamos los cambios que ha sufrido este tipo en las últimas décadas producto de sus modificaciones legales – como lo hicimos en su momento-, veremos que su configuración se concretará con la actuación de una sola persona, ya sea el funcionario que solicita o el particular que ofrece, sin necesidad de que la contraparte necesariamente consienta; todo esto sin perjuicio de las hipótesis en que ambos intereses coinciden, la cual por supuesto, da lugar a una sanción para cada cual. Lo entendemos así también en Chile respecto de las razones que fundaron las modificaciones legales a que dieron lugar los esfuerzos destinados a abandonar el modelo clásico del delito de cohecho, ya que la realidad fáctica de éste había cambiado, poniendo en evidencia lo obsoleto del tipo. Así lo vimos al analizar la modificación introducida por la Ley N° 19.645 del año 1999 como las que le siguieron.

Otra de las problemáticas asociadas a este delito es su clasificación. En un principio, ya decíamos que la clasificación entre cohecho pasivo y activo parecía dar pautas para su interpretación. Sin embargo, con la aparición de distintas modificaciones en su estructura, ésta comenzó a ser insuficiente, puesto que no todas las hipótesis de cohecho pasivo corresponden a la tradicional afirmación de que éste se trataría sólo del ofrecimiento o entrega a un funcionario público de un beneficio por parte de un particular, para la realización de un acto propio de su cargo o con infracción de deberes del mismo. Producto de lo anterior, aparecieron posturas desafiando la tradicional clasificación, afirmando que sería más adecuado hablar de

cohecho del funcionario público, en contraposición al cohecho del particular. Estas posturas afirmaban que efectivamente cuando el funcionario recibía un beneficio o éste le era ofrecido, se configuraba una hipótesis de cohecho pasivo; pero, ¿qué ocurría en el caso en que el funcionario solicitara el beneficio?, claramente esta conducta contempla una acción positiva. Lo mismo se ha dicho respecto de la aplicación de este análisis a las conductas del particular ya que entendemos que si éste ofreciera al funcionario un beneficio, estaría configurando una hipótesis de cohecho activo, sin embargo, no podemos decir lo mismo de aquél que es exigido por el funcionario.

Sin perjuicio de que ser esta última clasificación más completa que la propuesta tradicionalmente, consideramos que para el mejor entendimiento de este trabajo, fue necesario usar ésta última, toda vez que aún se encuentra arraigada en la mayoría de la literatura penal, asimismo no son clasificaciones excluyentes.

Siguiendo con la discusión sobre las clasificaciones del cohecho, nos encontramos también con diferentes consideraciones en lo que los autores entienden por cohecho pasivo propio e impropio. Como pudimos observar, las distintas legislaciones no guardan un criterio uniforme a la hora de calificar este delito, existiendo diferencias importantes entre el entendimiento de estos conceptos. No obstante, para los fines de esta investigación, solo parece importante la determinación de estas polémicas, no así adherir a uno u otro criterio.

La problemática que si hemos querido profundizar en este trabajo tiene que ver con la determinación del bien jurídico protegido por el delito de cohecho, y específicamente, la determinación de éste en el ámbito del recientemente tipificado delito de cohecho a funcionario público extranjero.

En la doctrina nacional así como en la comparada, este tema no ha sido abordado en extenso. Nuestro punto de partida para realizar el análisis fue la

modificación del Código Penal español, específicamente de la rúbrica de su Título VII del Libro II. Este título pasó de llamarse “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos” a denominarse “Delitos contra la Administración Pública”. Ahora, ¿de qué manera puede ser interpretado este cambio?, la respuesta, en concordancia con lo dicho por numerosos autores, cuyos argumentos se encuentran tratados en capítulos anteriores de este trabajo, tiene que ver con la intención de uniformar el criterio de clasificación de delitos en el mencionado cuerpo legal. Y es que tanto en España como en Chile, el Código Penal clasifica los delitos dando un indicio o derechamente mencionando los bienes jurídicos protegidos en el establecimiento de ellos, y es por esto, que la modificación mencionada se presenta como una premisa adecuada. En Chile, aún el Título V del Libro II no ha sido modificado -la rúbrica es “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”-, pero creemos que en su contenido se ha ido acercando a ello, ya que con la interpretación que se puede hacer de sus preceptos y a raíz de la historia del establecimiento de la Ley, puede construirse un lazo lógico que nos lleve a afirmar que tales delitos están agrupados en torno a la protección de un bien jurídico. Sin perjuicio de lo anterior, es de importancia destacar que las críticas a la mencionada rúbrica siguen vigentes, toda vez que para realizar una adecuada interpretación es necesario que este tema sea resuelto en la Ley, y para esto, debe superarse el protagonismo del funcionario público y entender que, aunque no todos los delitos funcionarios estén contenidos en el mencionado título -ya que encontramos algunos insertos en otros apartados del código, sin embargo, entendemos que se encuentran distribuidos de esta manera porque además protegen bienes jurídicos de mayor preponderancia en comparación a la Administración Pública-, es posible identificar un criterio de agrupación, desarrollando un análisis que permita determinar cuál ese bien jurídico protegido, e intentar superar las discusiones que se pueden dar a nivel de su establecimiento.

Asumiendo entonces, que efectivamente los delitos funcionarios apuntan en cuanto a su establecimiento, a la protección de un bien jurídico determinado, se hizo necesario tratar tres puntos de discusión: el primero, determinar cuántos objetos de

protección pueden existir, la determinación de los o el bien jurídico a proteger, y cómo se fundamenta su tutela penal.

Respecto del primer punto, hay autores que postulan que los delitos funcionarios vendrían a proteger distintos bienes jurídicos en consideración a su clasificación; si analizamos el delito de cohecho desde la perspectiva del funcionario, el bien jurídico lesionado vendría a ser el fiel desempeño de la función pública (o fidelidad al cargo), y desde la perspectiva del particular, la dignidad del Estado y el prestigio social que los entes públicos deben tener para mantener las instituciones y el orden público social. En capítulos anteriores tratamos distintas críticas a esta postura, las que podemos sintetizar de la siguiente manera: tintes de autoritarismo en la clasificación toda vez que se olvida el hecho de que los deberes mencionados se explicarían por el servicio que prestan a la ciudadanía, así, no se puede pretender que sólo con el hecho de investir a una persona con el cargo de funcionario público, éste lleve sobre sus hombros una carga que pueda ser fácilmente desechada en consideración a su naturaleza humana, y por otro lado, no se puede pretender que la ciudadanía considere que una persona y la investidura que ostenta, sea objeto de protección a nivel penal, ya que uno de los principios que informa al derecho penal es que éste entra a actuar como *última ratio*. Otra de las críticas dice relación con el cohecho activo y el bien jurídico que éste protegería, ya que al señalarse que la obligación del particular es respetar el normal desenvolvimiento de las instituciones estatales, se está afirmando que el delito de cohecho activo es un delito de peligro, que no requiere de la efectiva lesión del bien jurídico protegido para sancionar al particular, y que de no ser tipificado expresamente por el legislador, podría perfectamente desestimarse como conducta delictiva.

En contraposición a la postura anterior, analizamos aquella que afirma la existencia de un único bien jurídico protegido por los delitos funcionarios, basada en las críticas que se mencionaban anteriormente. Si bien la mayoría de la doctrina se

inclina por la unidad del bien jurídico protegido, la determinación de éste no ha estado exenta de polémica.

Por una parte, están quienes postulan como bien jurídico protegido al principio de imparcialidad, entendiéndolo como la protección a la lesión de la voluntad estatal que se falsea a través de la corrupción, o también, desde una perspectiva constitucional, como una regla ineludible de comportamiento de la administración. Las críticas a estas visiones van en la línea de considerar que el cohecho no es un delito de determinación. Asimismo, la imparcialidad puede ser vulnerada no solamente por el cohecho, también por otros delitos funcionarios como el tráfico de influencias. Otros aseguran que el bien jurídico detrás del cohecho es el derivado de los deberes del cargo del funcionario público, como por ejemplo la lealtad, la probidad y la fidelidad. Entender el deber como el bien jurídico protegido es un más bien una distorsión de lo que se entiende como tal, puesto que es el cumplimiento de estos deberes lo que genera la protección a un bien determinado, no son en absoluto bienes jurídicos en sí mismos, sino herramientas de protección. En su oportunidad analizamos además la protección de la no comerciabilidad de la administración y la confianza en el correcto funcionamiento de la Administración.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, el bien jurídico que cumple con lo necesario para fundamentar la tutela penal del delito en comento, es el Correcto funcionamiento de la Administración. Esto porque logra explicar, a partir de la existencia misma de la Administración, que ésta es indispensable para resolver las cuestiones derivadas de los intereses ciudadanos. El establecimiento del este concepto como bien jurídico protegido en el delito de cohecho, propende el ejercicio libre e igualitario de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Ahora, entendiendo que existe efectivamente un bien jurídico protegido por el delito de cohecho, y que éste es el correcto servicio que prestan las instituciones públicas a la ciudadanía, debemos profundizar en las características propias del mismo

para luego analizar de qué manera se puede configurar su protección. En primer lugar, el bien jurídico protegido por el delito de cohecho es un bien jurídico amplio y supraindividual -ya que abarca varios principios y bienes jurídicos menos preponderantes-, por lo mismo, es necesario configurar su protección a través de bienes jurídicos mediales. En esta línea fue posible encontrar una postura que no solo puede considerarse conciliadora, sino también innovadora, y tiene que ver con una concepción basada en la importancia de los derechos fundamentales en cuanto objetos de protección por el derecho penal. Realizando este análisis, es como finalmente comprendemos el porqué algunos autores postulan el correcto funcionamiento de la Administración, en cuanto al servicio que presta y garantiza a los ciudadanos. Y es que efectivamente lo que se estaría protegiendo a través de la tipificación de conductas corruptas son las expectativas que tienen los ciudadanos, en primer lugar, respecto de las instituciones mismas como entes transparentes y dependientes de un Estado que, al estar sujeto a una obligación consagrada constitucionalmente, como es asegurar a sus nacionales la participación y trato igualitario en los procesos sociales -que finalmente se componen de actos cotidianos y pequeños del día a día-, sancionará estas conductas; y en segundo lugar, en la mantención y funcionamiento del sistema mismo, además de la obediencia que le deben los ciudadanos para que éste pueda subsistir, toda vez que lo único que lo fundamenta es la necesidad que siente la sociedad respecto de éste. Así, se presenta un interesante argumento que ayuda a comprender lógicamente porque el correcto funcionamiento de la Administración Pública puede postularse como bien jurídico protegido por el delito de cohecho.

Podría afirmarse que la comisión de un acto de corrupción en realidad no es suficiente para lesionar el bien jurídico protegido, y en consecuencia, podrá hasta llegar a ser injustificado bajo este punto de vista. Sin embargo, entendemos que si lo que se lesiona con estas conductas son las expectativas que tienen los ciudadanos respecto del sistema y de su funcionamiento, la repetición de estos actos llevará inevitablemente a la desobediencia y desconfianza de la ciudadanía, menoscabando la existencia misma de la Administración Pública.

Aceptando lo anterior, se puede llegar sin dificultades a una conclusión sobre cuál es el bien jurídico protegido por el delito de cohecho a funcionario público extranjero, ya que que no se hace necesario lidiar con argumentos de corte nacional.

Gracias a los distintos avances en materia de tratados, convenciones y otros instrumentos internacionales, encontramos una serie de principios universales que puedan ayudar a comprender el porqué algunos autores postulan al normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales como el bien jurídico protegido en el delito de cohecho. Y es que entendemos que también la confianza el trato igualitario es fundamental a la hora de relacionarse a través de las fronteras. Efectivamente los miembros de la comunidad mundial tienen expectativas respecto a la actuación de los entes públicos, tanto los de su propio país como los de un país extranjero; es verdad que no todas las personas de un país se relacionan permanentemente en el ámbito comercial con las de un país extranjero, sin embargo, dañar la sola expectativa de poder hacerlo con absoluta confianza en el trato igualitario que los entes públicos deben dar a los particulares, lesiona el bien jurídico en cuanto las conductas corruptas que destruyen estas expectativas se repitan.

En el fondo, lo que se debe asegurar es la transparencia de los entes públicos y la abstención de los particulares en cuanto a la realización de los actos de corrupción, ya que de esa forma, se protege la existencia del sistema regulatorio existente en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, cuyos principios, normas y procedimientos se encuentra al servicio de los miembros de la comunidad mundial en su totalidad.

Por último, teniendo en cuenta todo lo anterior, se hace importante para concluir este trabajo, analizar la forma en cómo estos delitos son tratados, específicamente respecto de la fundamentación de su configuración y forma de operar, en la Teoría de Infracción del deber, puesto que ha sido considerada por parte de la doctrina como una

alternativa para resolver las dudas que se generaron en el estudio de los delitos funcionarios.

Cabe decir en este aspecto que, la idea principal de esta Teoría se centra en la aplicación de una sanción a quien, teniendo una obligación especial derivada de su cargo, ha vulnerado dicha obligación con desobediencia, o transgrediéndola indirectamente. Con este acto de desacato por parte del obligado especial se genera una inestabilidad a nivel de la institución que lo ha investido, vulnerando consecuentemente el bien jurídico detrás de ella.

Puesto que los funcionarios públicos tienen un nexo derechos-obligaciones con la Administración, se cumple con el requisito básico de aplicación de esta teoría. Sin embargo, dado lo que entendemos por Infracción del Deber, el funcionario público sería quien, en todas las hipótesis de infracción adjudicables como cohecho, se consideraría como autor del delito, independientemente de quien en los hechos lo ejecutó. Este sería un rasgo trascendente en esta teoría, y un argumento que nos sirve para desechar esta postura frente al cuestionamiento de cuál sería el bien jurídico protegido del delito de cohecho, y particularmente, el bien protegido detrás de la hipótesis de cohecho a funcionario público extranjero.

Cuando nos encontramos frente a un funcionario que es investido por un organismo internacional o por un país extranjero, la lógica jurídica nos dice que, respecto de estos funcionarios, el tribunal competente para conocer de los delitos que comentan ellos, y más aún, que cometan ellos en el ejercicio de sus funciones, son los tribunales del país extranjero, o los que tengan competencia según lo establecido por los estatutos de la organización internacional. Teniendo esto en vista, nos encontramos en nuestro Código Penal con un delito que sanciona un delito cometido en el extranjero, ¿Qué pasa entonces con los partícipes de este delito? Se establece que el juez en lo penal chileno conocerá de este delito solo respecto del chileno o del que reside habitualmente en Chile, extraditándolo cuando la conducta delictual se haya

producido en el extranjero. Pero entonces, ¿Qué sucede con el funcionario sobornado? Éste puede ser sancionado por las normas y los tribunales de su país, pero de ninguna manera por la legislación chilena. Entendiendo esto, es posible en consecuencia aplicar la Teoría de la Infracción del deber en el delito de cohecho a funcionario público extranjero. La respuesta es no. Como sería posible declarar la autoría de un funcionario público cuya Administración que lo invistió no nos corresponde defenderla, y más aún, en el caso de que, velando por la transparencia y el buen funcionamiento de la Administración a nivel internacional, se justificara sancionar en Chile a dicho funcionario, a nivel procesal podría provocarse un conflicto de jurisdicciones que rápidamente se resolvería argumentándose que solo se conocerá el delito de cohecho cuando éste haya sido cometido por un chileno en el extranjero o por un residente habitual de Chile, tal como lo aclara el mismo Código Orgánico de Tribunales en artículo antes citado. En conclusión, hay una imposibilidad fáctica de aplicar la Teoría de Infracción del deber.

Esto además es respaldado con el análisis que han hecho nuestros legisladores en las recientes modificaciones al delito. Y es que siempre ha sido más importante el bien jurídico protegido por estos delitos que la propia Administración. Esto queda de manifiesto en el aumento sostenido que ha experimentado la sanción al particular que incurre en las conductas en estudio. En definitiva, la idea del legislador siempre ha sido propender al correcto funcionamiento como bien protegido, y nunca ha querido proteger los deberes funcionarios como si fueran fines en sí mismo, ni menos considerar a la Administración como objeto de protección per se.

BIBLIOGRAFÍA

1. BACIGALUPO, Enrique. "Estudios sobre la parte especial del derecho penal". Ediciones Akal. Madrid. 1991.
2. BULLEMORE, Vivian; Mackinnon, John. "Curso de Derecho Penal". Tomo IV. Parte especial. Segunda edición, Ed. Legal Publishing. Chile, 2007.
3. COUSIÑO Mac Iver, Luis. "Derecho Penal Chileno, Parte General". Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1975. Tomo I.
4. DONNA, Edgardo A. "Delitos contra la administración pública". 1ª edición. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2002.
5. ETCHEBERRY, Alfredo. "Derecho Penal: parte especial". Tercera edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1998. Tomo IV.
6. HIDALGO García, Juan Antonio. "Código Penal Español conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo". Madrid. s.n. 1908. Tomo II.
7. LABATUT, Gustavo y Silva, Pedro. "Proyecto de Código Penal, redactado en cumplimiento del decreto supremo N° 2696". Santiago. 1938.
8. LABATUT Glenda, Gustavo. "Derecho Penal, parte especial". Sexta edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1977.
9. MANFRONI, Carlos. "Soborno Transnacional". Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998.

10. MORALES Prats, Fermín. “Delitos contra la Administración Pública y contra los intereses patrimoniales del Estado”, en QUINTERO Olivares, Gonzalo (Dir.). “Comentarios a la parte especial del Derecho Penal”. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1996.
11. MUÑOZ Conde, Francisco. “Derecho Penal, Parte Especial”. 15ª edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2004.
12. OLAIZOLA, Inés. “El delito de cohecho”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
13. POLITOFF, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. Parte Especial. 2º Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2004.
14. RIVACOBBA, Manuel. “Evolución Histórica del Derecho Penal Chileno”. Valparaíso. Editorial Edeval, 1991.
15. RODRÍGUEZ, Luis; Ossandón, Mª Magdalena. “Delitos contra la función pública”. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2008.
16. RODRÍGUEZ Puerta, Mª José. “El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios”. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1999.
17. SÁNCHEZ-VERA, Javier. “Delito de infracción de deber y participación delictiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002.
18. VALEIJE, Inmaculada. “El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho”. Editorial Edersa, Madrid. 1995.

19. TREJO Carmona, Luis. "El delito de cohecho: Estudio sistemático y dogmático de las modificaciones introducidas por la Ley 19.645". Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso. Chile. Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2001.
20. DE LA MATA, Norberto. "El bien jurídico protegido en el delito de cohecho". Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época. N° 17. 2006. [En línea] <<http://e-spacio.uned.es>>
21. DE LA MATA, Norberto. "¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?". Eguzkilore. N° 23. San Sebastián. 2009. [En línea] <www.ivac.ehu.es/p278-content/es/.../19-De%20la%20Mata.indd.pdf>
22. LOOS, Fritz. "Del bien Jurídico en los delitos de cohecho". Revista Internacional de la doctrina del Derecho Penal (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik). N° 5. 2009. [En línea] <<http://www.zis-online.com>. pp. 268-269>.
23. MOULETTE, Patrick. "Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales". Compendio de Instrumentos jurídicos universales y regionales contra la corrupción. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. México. 2009.
24. OLIVER, Guillermo. "Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley N° 19.829 de 1999)". Revista Chilena de Derecho. Vol. 30 N° 1. 2003.
25. OLIVER, Guillermo. "Aproximación al delito de cohecho". Revista de Estudios de la Justicia. N° 5. 2004.

26. ONFRAY, Arturo. "Convención contra el soborno transnacional de la OCDE". Revista de Derecho. N° 9. Santiago, Chile. 2003. [En línea] <www.cde.cl/wps/wcm/connect/.../6.pdf?MOD=AJPERES>
27. OSSANDÓN, María Magdalena. "Delitos especiales y de infracción de deberes en el Anteproyecto de Código Penal". Política Criminal. N° 1. 2006. p. 6 [En línea] <www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_4.pdf>
28. SESSANO Goenaga, Javier. "Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional". Revista electrónica de ciencia penal y criminología. N° 08-03. 2006 [en línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-03.pdf>>
29. GOBIERNO DE CHILE. "Carta explicativa. Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales". Santiago. 2010.
30. OCDE. "Comentarios a la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales". Conferencia Negociadora. 21 de noviembre de 1997.
31. OCDE. "Guía de Buenas Prácticas para aplicar artículos específicos de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales". 26 de noviembre de 2009.
32. OCDE. Recomendación revisada del Consejo sobre el combate al cohecho en las transacciones comerciales internaciones. 23 de mayo de 1997.

33. OCDE. "Chile, primer país sudamericano miembro de la OCDE". [En línea] <http://www.oecd.org/document/20/0,3343,fr_2649_34487_44375060_1_1_1_1,00.html>
34. OCDE. "Represión del cohecho en las transacciones comerciales internacionales". 2004. [En línea] <<http://www.oecd.org/dataoecd/42/4/33646125.pdf>>
35. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Madrid. 2011.
36. Ley N° 19.465. CHILE. Modifica disposiciones del código penal que sanciona delitos de corrupción. Historia de la Ley. 1999.
37. Ley N° 19.829. CHILE. Modifica el Código Penal respecto del delito de Cohecho. Historia de la Ley. 2002.
38. Ley N° 20.341. CHILE. Introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública. Historia de la Ley. 2009.
39. Ley N° 20.393. CHILE. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. Historia de la Ley. 2009.
40. OCDE. Convención para combatir el cohecho de los servidores público extranjeros en transacciones comerciales internacionales. 1997.

41. OEA. Convención Interamericana contra la Corrupción. 1996.

42. ONU. Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. 1980.