



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**LOS ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO DEL ARTÍCULO 249 DEL CÓDIGO PENAL
CHILENO**

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

SEBASTIAN JAVIER PALMA GAEZ

Profesor guía: Lautaro Contreras Chaimovich

Santiago, septiembre de 2019

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
1. Hacia una adecuada interpretación de los fundamentos que justifican el aumento en los índices de percepción en la población respecto a los delitos de corrupción.	5
2. La corrupción desde una óptica jurídica. El tratamiento normativo de las conductas corruptivas y la importancia del delito de cohecho en nuestro país.....	7
3. Objeto de la investigación.....	9
4. Finalidad de la investigación.....	10
5. Estructura general de la investigación.....	11
CAPÍTULO I ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ARTÍCULO 249 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO	12
1. La legislación punitiva española como fuente del Código Penal chileno. La regulación del cohecho en el Código Penal español de 1850 y su recepción en nuestro proceso de codificación.....	12
2. Las modificaciones legales del artículo 248 del Código Penal chileno de 1874 hasta su actual redacción.....	15
2.1. Ley 19.645 del 11 de diciembre de 1999 que modificó disposiciones del Código Penal que sancionan delitos de corrupción.	16
2.2. Ley 19.829 del 8 de octubre de 2002 que modificó el Código Penal respecto del delito de cohecho.	20
2.3. Ley 20.730 de 8 de marzo de 2014 que reguló el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios.....	24
2.4. Ley 21.121 de 20 de noviembre del 2018 que modificó el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción.....	25
CAPÍTULO II LOS ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO DEL ARTÍCULO 249 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO	30
1. El bien jurídico protegido.....	31

2. La naturaleza del delito.....	35
3. El sujeto activo.....	38
3.1. Concepto de empleado público.....	38
3.2. Problemas de autoría y participación. La comunicabilidad de la calidad especial del sujeto activo en relación a la intervención de terceros.....	41
4. La conducta típica y el acto del funcionario como finalidad de la conducta típica.	44
4.1. El verbo rector.....	45
4.2. La finalidad: el acto corrupto delictivo.....	48
4.3. Problemas relativos a la conducta típica y a la finalidad del ilícito.....	49
5. El beneficio indebido.....	53
5.1. Contenido y alcance del beneficio indebido.....	53
5.2. Cuantía del beneficio indebido y posibilidad de aplicación del criterio de adecuación social.....	55
CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN	57
BIBLIOGRAFÍA	61

INTRODUCCIÓN

1. Hacia una adecuada interpretación de los fundamentos que justifican el aumento en los índices de percepción en la población respecto a los delitos de corrupción.

Una somera revisión de los antecedentes históricos que recopilan la experiencia de nuestro país con el fenómeno de la corrupción devela como resultado que, desde el retorno a la democracia en 1990, ha persistido una constante erupción gradual de diversos casos relativos a la materia cargados de alta connotación pública, permitiendo la configuración de una aparente sospecha por parte de la población de estar frente a un escenario donde la institucionalidad se encauza hacia una profunda crisis, cuestión que se encuentra aparejada a un deficiente nivel de respuesta por parte de los poderes del Estado. La apreciación de dicha hipótesis se agudiza y agrava gracias al panorama imperante en la región, en razón de la premisa que postula que en gran parte de los países que conforman Iberoamérica tal situación no solo ha contado con la tolerancia tácita de la sociedad, sino que, además, ha estado rodeada de un cierto halo de prestigio¹. El conjunto de dichas aprehensiones ha sido constantemente presentado, por parte de los medios de comunicación de masas, como una genuina realidad que brota desde lo más oscuro de nuestras instituciones, caracterizada por su potencial capacidad de intoxicar el régimen democrático superficialmente inalterable y desatar severas consecuencias en las relaciones políticas, económicas y sociales.

Sin embargo, los resultados del estudio anual realizado por Transparencia Internacional, mediante la publicación de su instrumento formalmente denominado como *Índice de Percepción de la Corrupción*², no son del todo coherentes con el discurso sostenido

¹ (Cury Urzúa 1996, 99) citado por (García Bilbao 2009, 3). Al respecto, se afirma que “*tener influencia, encontrarse próximo a las autoridades, estar en situación de hablar con un amigo para facilitar un trámite, o para conseguir una situación favorable, son características personales que se aprecian y acrecientan la influencia de sus portadores*”. En un sentido similar (Asua Batarrita 1997, 14), quien sostiene que “*el problema reside en la sospecha fundada, o en la constatación en ciertos sectores, de que las serias irregularidades constituyen prácticas admitidas como códigos paralelos de conducta de aceptación común*”.

² (Transparency International 2018). El *Índice de Percepción de la Corrupción* es un instrumento anual elaborado por Transparencia Internacional que, desde 1995, clasifica a los países según los niveles de corrupción percibidos en el sector público. Su medición es realizada en una escala de 0 a 100, donde el valor mínimo corresponde a “altamente corrupto” (“*highly corrupt*”) mientras que el máximo corresponde a “muy limpio” (“*very clean*”)

anteriormente. En efecto, y conforme al informe de fecha 21 de febrero de 2018, cuyo análisis corresponde al año 2017, Chile es el quinto país de América con mejores índices de “limpieza” en la materia, y el segundo de la lista en América Latina por un amplio margen de diferencia con el resto de los países de la región. Si bien es cierto que un examen comparativo respecto a la trayectoria de nuestro país en la materia arroja como conclusión la existencia de una inclinación que denota un aumento en los niveles de percepción de la corrupción en el sector público, dicha variación es relativamente insignificante³.

En la misma línea se encuentran las cifras ofrecidas por el Ministerio Público mediante la publicación anual de su *Boletín Estadístico*. Un estudio particular de los datos presentados en dichos documentos indica que, a través de los años, se ha presenciado un ligero aumento en el ingreso de causas y delitos cometidos por funcionarios públicos, pero con una significancia realmente irrisoria. En el año 2017 ingresaron 3.049 denuncias por delitos funcionarios que, contrastadas con el total de delitos ingresados a nivel nacional, representan solo el 0,23% de éstos, presentándose una diferencia de crecimiento de un 0.15% con el 2010, año en el que ingresó la menor cantidad de éstos considerando un período de diez años que comprende desde el 2007 al 2017, ambos inclusive⁴. A su vez, existe una marcada y constante propensión anual a terminar, por vías judiciales o no judiciales, más causas de las que ingresan en el mismo período.

Lo anterior sugiere que, en nuestro país, el cúmulo de delitos que afectan la función pública representa un ínfimo porcentaje de la actividad criminal anual, existiendo un nivel de respuesta en principio aceptable y que, además, no se ha experimentado un alza significativa en la materia que justifique la creciente sensación de corruptibilidad que acecha la codiciada estabilidad.

³ El año 2014, Chile alcanzó su mayor índice de percepción, obteniendo una puntuación de 73 y posicionándose en el lugar N° 21 del ranking mundial. Por el contrario, para el año 2016 y 2017 se alcanzaron los peores índices al lograr una puntuación de 66 y 67, respectivamente, ubicándonos, en la actualidad, en el lugar N° 28 del ranking mundial.

⁴ (Ministerio Público 2018).

Una correcta e informada interpretación de las circunstancias permite alcanzar una conclusión que dista considerablemente de la ofrecida en líneas anteriores. Ciertamente, la enigmática apreciación en torno a esta coyuntura se debe a un escenario de desvelamiento de las conductas corruptivas con un particular significado, puesto que, sin perjuicio que existan países en los que se presenta un incremento real y efectivo de estos hechos, en gran parte de los Estados dicho aumento corresponde a una mera percepción favorecida por la simple exposición pública de estas acciones de carácter secreto a causa de los procesos de liberalización política y económica experimentados por los mismos⁵. Los poderes públicos transmutaron desde agentes introvertidos hasta ocupar importantes roles de intervención en los que interactúan continuamente con esferas económicas en el contexto de un mercado libre y abierto, engendrando un verdadero escenario de riesgo donde, producto de tal contacto entre ambos sectores, resulta inevitable la aparición de estas indeseables conductas⁶. El ingreso de Chile a un panorama internacional integrado producto de las profundas reformas políticas y económicas que caracterizaron al régimen militar es un buen ejemplo que ilustra lo propuesto.

En síntesis, la percepción en torno al fenómeno en nuestro país ubica sus razones no en un incesante y desbocado inicio de una expansión de la corrupción como pandemia, sino que, por el contrario, se debe entender como una consecuencia necesaria y directa del proceso modernizador que nuestro Estado experimenta incluso hasta nuestros días.

2. La corrupción desde una óptica jurídica. El tratamiento normativo de las conductas corruptivas y la importancia del delito de cohecho en nuestro país.

La justificación que explica la formulación de la tesis expuesta anteriormente encuentra su razón en aquella idea que afirma que el fenómeno de la corrupción, desde finales del siglo pasado, ha sido objeto de incesantes reflexiones e investigaciones en el área de las ciencias sociales⁷, quienes se embarcaron en la compleja labor de delimitar dicho fenómeno y, consecuentemente, lo convirtieron en un punto atractivo para los estudios

⁵ (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 20).

⁶ (Asua Batarrita 1997, 14).

⁷ (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 20-21).

más contemporáneos. Sin embargo, la aplicación de distintas metodologías y formas de trabajo no permiten acabar con su ambigüedad.

Sin perjuicio de lo anterior, la ciencia jurídica es conteste en declarar, en razón de su larga data histórica debido a su inquebrantable enlace con la condición humana y la organización social, así como también gracias a la semejante evolución del concepto en diversas tradiciones jurídicas⁸, que las conductas corruptivas están intrínsecamente relacionadas con el sector público y la utilización torcida del poder por parte de los funcionarios que lo componen. La comprensión histórica del fenómeno de la corrupción influyó directamente el proceso de codificación europeo del siglo XIX, cuyo producto final fue asimilar estas conductas a todas aquellas actuaciones que alteran el normal funcionamiento de las ramas del Estado.

Ese es el motivo por el cual nuestro Código Penal, aunque de forma inorgánica, decidió tipificar una serie de conductas cuya característica común es el bien jurídico que buscan proteger. La médula de la regulación yace en el Título V del Libro II del Código Penal, titulado *“De los crímenes y simples delito cometidos por empleados públicos en el desempeño de su cargo”*, que cautela como interés relevante el correcto funcionamiento de la administración⁹ en diversas esferas de lesión, siendo éstos delitos los que han recibido un tratamiento doctrinario exhaustivo en comparación al resto.

No obstante, dentro del catálogo de las conductas delictivas que comprende el Título, el delito de cohecho goza de una posición privilegiada. En términos históricos, el fenómeno de la corrupción se equiparó al delito de cohecho a tal punto que, en el Código Penal de España de 1995, la única conducta corruptiva expresamente tipificada era el mencionado delito, asunto que también ocurrió en el derecho italiano¹⁰. Cuestión similar sucedió en el

⁸ (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 22-25).

⁹ Se utiliza la expresión *“administración”* con minúscula porque no nos estamos refiriendo a la organización del Estado, sino que, en un sentido funcional, se refiere al *“instrumento al servicio de los ciudadanos”*. De esta manera se comprenden no solo conductas realizada por funcionarios, sino también por particulares, como el caso del artículo 250 del Código Penal. El uso de la expresión con mayúscula (*“Administración”*) se refiere a la organización o estructura del Estado. Al respecto, véase (Ortíz de Urbina Gimeno 2001, 310).

¹⁰ (Pagliaro 2000, 143-155) citado por (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 315). En el mismo sentido (Oliver Calderón 2004, 84).

derecho francés donde, a fines del siglo XVI, en un intento dogmático de separar la corrupción de la concusión, se definió a la primera como *“aquel donde el funcionario recibe o se deja prometer una cosa sin pretensiones de tener derecho a ella”*, diferenciándose de la segunda puesto que en ésta se reclama una cosa como si fuese debida¹¹. Así, el Código Penal Francés contenía dos conductas punibles completamente distintas, las que décadas después fueron identificadas con los delitos de cohecho y exacción ilegal respectivamente, haciendo uso de los términos utilizados por la doctrina nacional.

Por otro lado, es cierto que la literatura nacional no es del todo cercana a la regulación de este tipo de delitos; a su vez, es relativamente bajo el volumen de publicaciones que se aventuren a proponer nuevos temas de discusión. Empero, y gracias al abultado número de modificaciones legales que ha sufrido el tipo penal en las últimas dos décadas (y teniendo en consideración que a mediano plazo se espera un importante número de iniciativas legislativas debido a las constantes exigencias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para afrontar las conductas corruptivas en el orden internacional) es, sin lugar a duda, la manifestación de la corrupción que mayor atención ha percibido.

3. Objeto de la investigación.

Resulta posible afirmar que nuestra actual legislación penal considera tres tipos de cohecho: aquel cometido por un funcionario público nacional (que encuentra cabida en los artículos 248, 248 bis y el 249); el cometido por un particular (que comprende los artículos 250 y 250 bis); y, finalmente, el que involucra al funcionario público extranjero (presente en los artículos 251bis y 251ter). Cabe destacar que todas estas manifestaciones contienen comportamientos tanto activos como pasivos.

En cuanto al primero, una de las figuras típicas que merece especial atención es la del artículo 249, referente al empleado público que solicita o recibe un beneficio económico o de otra naturaleza para la comisión de uno de los delitos funcionarios contenidos en el mismo Título o en el párrafo cuarto del Título III del Código Penal. De una lectura

¹¹ (Garraud 1992, 341-342) citado por (Serrano Gomez y Rodriguez Devesa 1995, 1167-1168).

comparativa con los artículos que la preceden resulta posible concluir que la norma indicada tipifica una conducta grave que constituye, en términos objetivos, el atentado de mayor peligro contra la imparcialidad en el desempeño de la administración, puesto que ninguna autoridad o funcionario es competente para la comisión de un delito¹². Al tenor de lo señalado es que la citada norma será el objeto de esta investigación.

4. Finalidad de la investigación.

La literatura chilena, al momento de tratar este delito, inconscientemente le asigna al citado tipo penal un papel secundario en relación a la figura básica contenida en el artículo 248, remitiéndose a lo dicho en ésta y realizando solo las precisiones correspondientes que nacen a partir de las diferencias en cuanto a su literalidad. El efecto en su tratamiento suscita una injusta sensación de estar frente a una figura típica sin identidad y carente de importancia. Ello alimenta el interés de ofrecer una responsable investigación acorde a la trascendencia de esta conducta.

En consecuencia, la finalidad de esta investigación es realizar y proponer un estudio sistematizado que contenga un completo examen de los elementos del tipo objetivo del artículo 249 del Código Penal chileno.

Para la concreción de la finalidad de la investigación se considerará el uso privilegiado de la dogmática y la jurisprudencia nacional que ofrezca lineamientos claros sobre la comprensión del objeto de investigación. A su vez, la reflexión requiere ser complementada con legislación española y su respectiva selección de estudios doctrinarios para efectos de lograr un acabado análisis jurídico sobre el tema. La decisión de tener en consideración el derecho comparado como parte de los métodos de investigación a utilizar es producto de la amplia influencia histórica de España sobre la formación de nuestro sistema jurídico, cuestión que se materializará realizando un recorrido por la regulación del delito de cohecho en dicho país teniendo en consideración su evolución histórica que finaliza con las profundas modificaciones que ha recibido su codificación penal de 1995. Sin perjuicio de lo anterior, se tendrá en cuenta estudios

¹² (Queralt Jiménez 2002, 1215).

alemanes para efectos de aplicar a la investigación ciertos conceptos y criterios actualizados sobre la materia.

5. Estructura general de la investigación.

La investigación iniciará con una somera observación respecto del origen y aspectos evolutivos del artículo 249 del Código Penal (Capítulo I) repasando, en primer lugar, la regulación del Código Penal español de 1850 en la materia, con el objeto de ponderar la recepción de la influencia española en el tratamiento del delito de cohecho en el Código Penal chileno de 1875 (Capítulo I, 1), para continuar con un recorrido por las diversas modificaciones legales que ha sufrido el precepto hasta culminar con su actual redacción (Capítulo I, 2).

A continuación, iniciará el estudio de fondo con la investigación sistematizada de los elementos del tipo objetivo (Capítulo II) cuyo punto de partida será la mención respecto al bien jurídico protegido (Capítulo II, 1) y a la naturaleza o clase en la cual se puede encasillar la figura típica (Capítulo II, 2). En seguida, se realizará un estudio del sujeto activo del delito (Capítulo II, 3), para luego proseguir con la conducta típica y el acto funcionario que se constituye como la finalidad de la solicitud o aceptación (Capítulo II, 4) El capítulo finalizará con la necesidad de delimitar correctamente el concepto de “*beneficio económico o de otra naturaleza*” (Capítulo II, 5).

A modo de cierre, se ofrecerá una enumeración de conclusiones que tratará respecto de los resultados ofrecidos por la investigación y una proyección de los mismos hacia el futuro para efectos de solucionar los problemas asociados a la figura típica y al fenómeno de la corrupción en general.

CAPÍTULO I

ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ARTÍCULO 249 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO

1. La legislación punitiva española como fuente del Código Penal chileno. La regulación del cohecho en el Código Penal español de 1850 y su recepción en nuestro proceso de codificación.

La influencia española trasciende todos los aspectos de nuestra historia. Resulta imposible negar la vital importancia que tuvo la mencionada nación al momento de cimentar los primeros avances legislativos a lo largo de los primeros gobiernos que condujeron nuestro aún inestable país, cuestión que fue replicada en gran parte de las naciones iberoamericanas que alguna vez se encontraron bajo su alero. Factores como la imperante necesidad de apartarse de la regulación de características coloniales proveniente del lejano continente, así como abogar por la creación de normas que se condijesen con la realidad independentista de nuestro país, permitieron que Chile ingresara en un proceso codificador. No obstante lo anterior, es a lo menos curioso destacar que los nuevos países hispanoamericanos, aun cuando repudiasen la metrópoli europea, decidiesen por adoptar como modelos a seguir los cuerpos normativos españoles¹³.

El Código Penal chileno no fue la excepción. Luego de reiterados intentos que terminaron en constantes frustraciones, se logró establecer la comisión que sesionó por un período de tres años y que culminó con la anhelada tarea de promulgar y publicar aquel cuerpo normativo. El mencionado trabajo tuvo como principal inspiración el Código Penal español de 1850 a causa del acceso que se tuvo a la obra de Joaquín Francisco Pacheco de 1856, que consistía en un sistematizado trabajo compuesto por comentarios y concordancias respecto de la codificación española recién mencionada¹⁴. Esta afirmación es confirmada en reiteradas ocasiones a lo largo de las actas en las que consta la discusión realizada por la comisión ya referida en relación a la formulación del proyecto. En lo que atañe a esta

¹³ (Quintano Ripollés 1953, 89).

¹⁴ (Matus Acuña, Politoff Lifschitz y Ramírez Guzmán 2009, 29). En este mismo sentido, véase (Quintano Ripollés 1953, 89).

investigación, el acta de la sesión 52 de la Comisión Redactora, efectuada el 4 de agosto de 1871¹⁵, plasma expresamente que, en lo relativo a la regulación del delito de cohecho, se privilegió la fórmula utilizada por la legislación punitiva española, cuestión que fue posteriormente reafirmada y aceptada en la sesión 154 realizada el 13 de junio de 1873¹⁶. Por lo demás, y si bien la literatura reconoce que la versión española del Código Penal de 1850 no influyó profundamente en los procesos codificadores del resto de Hispanoamérica, Chile fue el único país ultramarino que lo adoptó como modelo casi integral¹⁷, fenómeno que resulta del todo curioso teniendo en cuenta que la labor legislativa en materia criminal inició tardíamente y en España, a la fecha, ya se encontraba vigente un nuevo Código Penal desde 1870^{18 19}.

Concretamente, el Código Penal español de 1850 reducía la regulación del cohecho a un conjunto de tan solo cuatro normas (que, en estricto rigor, corresponden a una exacta transcripción de lo que el Código Penal español de 1848 había realizado) siendo ésta una estructura que se mantuvo relativamente similar en el código de 1870 y que perduró durante un largo período de tiempo hasta las importantes modificaciones que ocurrieron en la legislación punitiva española a finales del siglo XX. El hecho que este capítulo fuese escueto no suponía que el cohecho careciera de importancia, sino que, por el contrario, se percibía que su regulación era necesaria, teniendo en cuenta que la ley debía permanecer estricta contra aquellos que cayesen “*en estas culpas tan fatales y vergonzosas*”²⁰. Dentro

¹⁵ (Centro de Estudios de la Justicia 1873-1874 [reimpresión 2013], 33). “*En el párrafo 9 que trata del ‘cohecho’, se propuso agregar un nuevo artículo para castigar al empleado que recibe regalos que le son presentados por razón de su oficio, disposición que consigna el Código español.*”

¹⁶ (Centro de Estudios de la Justicia 1873-1874 [reimpresión 2013], 103).

¹⁷ (Quintano Ripollés 1953, 89).

¹⁸ (Quintano Ripollés 1953, 95).

¹⁹ La negativa de utilizar el Código Penal español de 1870 como modelo para la redacción del primer Código Penal chileno se explica principalmente por el acceso a la obra de Joaquín Francisco Pacheco y, a su vez, por la intención de otorgarle continuidad al trabajo ya elaborado en los fallidos intentos previos de codificación en la materia.

²⁰ (Pacheco 1856, 497). “*Volvemos á declarar, despues de presentado este análisis, que la penalidad empleada aquí por la ley, es una penalidad severa. Mas, sinceramente hablando, el género de delitos que con ella se castiga no es poco digno de reprobacion y de severidad. En una época sobre todo, tan corrompida como la que alcanzamos en estos instantes, nada es demasador [sic] siendo justo, en faltas de tal naturaleza. Dejen de ser empleados dejen de se, jueces[sic] los que no tuvieren la probidad necesaria.*”

del corto listado de normas destaca lo dispuesto en el artículo 314, cuyo inciso primero señala que:

“El empleado público que por dádiva ó [sic] promesa cometiere alguno de los delitos expresados en los capítulos precedentes de este título, además de las penas en ellos designadas incurrirá en las de inhabilitación absoluta perpetua, y multa de la mitad al tanto de la dádiva ó [sic] promesa aceptada.”

La figura típica citada sanciona el cohecho cometido por funcionario público cuando la dádiva o promesa tiene como finalidad la comisión de un acto de naturaleza delictiva, siendo la hipótesis central de toda la regulación y, a su vez, la más grave de todas.

Sin mayores ánimos de innovación, la tipificación del delito de cohecho en el Código Penal chileno de 1874 acabó siendo muy similar a la realizada por la legislación española aludida. Si bien la redacción recibida en el proyecto y en su versión final resulta muy semejante a la de su homólogo español, es preciso señalar que no estuvo exenta de pequeñas modificaciones. Debido a que el artículo 314 del Código Penal español de 1850 sancionaba en los siguientes incisos, por un lado, la hipótesis del cohecho cometido por un funcionario público en caso de concurrir o no ejecutar un acto no delictivo y, por el otro, el caso que éste aceptare regalos en consideración a su oficio²¹, nuestra comisión propuso fraccionar este artículo en dos, independizando las dos figuras típicas en los artículos 248 y 249²², cuestión que no prosperó en el trámite legislativo al desechar la idea de sancionar la conducta del empleado público que admite regalos que le son presentados en consideración de su oficio o para la consecución de un acto justo.

De esta manera, el inciso primero del artículo 314 del Código Penal español de 1850 fue recogido por el Código Penal chileno de 1874 en el artículo 248 y, a su vez, el inciso

²¹ En efecto, el inciso segundo de la norma expresaba que *“En la misma multa y en la pena de inhabilitación especial temporal incurrirá el empleado público que por dádiva ó promesa ejecutare ú omitiere cualquier acto lícito ó debido, propio de su cargo.”*, para luego señalar en su inciso tercero que *“El empleado público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración á su oficio, será castigado por este solo hecho con la reprensión pública, y en caso de reincidencia, con la de inhabilitación especial.”*

²² (Centro de Estudios de la Justicia 1873-1874 [reimpresión 2013], 103). Sobre el tema, consta que *“Se pasó a discutir el párrafo 9º, relativo al ‘cohecho’, acordándose formar, de las disposiciones contenidos en el primer artículo del proyecto, dos artículos distintos [...]”*.

segundo de la misma norma española fue recogido y adaptado en el artículo 249, desechando por completo la idea de recoger el inciso tercero en nuestra legislación. En el particular, especial relevancia reviste el primero de ellos, toda vez que dicha norma sancionaba el caso más grave de cohecho pasivo. La versión definitiva del Código Penal chileno de 1874 acogió, en su artículo 248, una hipótesis redactada en términos análogos a la fuente de inspiración de origen europeo. En consecuencia, el producto final fue el siguiente:

“El empleado público que por dádiva o promesa cometiere alguno de los crímenes o simples delitos espresados [sic] en este título, además de las penas señaladas para ellos, incurrirá en las de inhabilitacion especial perpetua para el cargo u oficio i [sic] multa de la mitad al tanto de la dádiva o promesa aceptada.”

De esta manera, el artículo 248 del Código Penal chileno de 1874, que sancionaba al funcionario público que, a cambio de una dádiva o promesa, cometiera alguno de los delitos funcionarios contenidos en el mismo título, es el antecedente histórico directo de nuestro actual artículo 249.

2. Las modificaciones legales del artículo 248 del Código Penal chileno de 1874 hasta su actual redacción.

Desde su promulgación, la fórmula utilizada por el Código Penal chileno de 1874 para sancionar el cohecho cometido por un funcionario público con la finalidad de cometer un acto injusto delictivo se mantuvo inalterable por más de cien años. Si bien se desconocen las precisas razones por las cuales la norma permaneció inmutable, fue en 1994 el momento en el que se propuso realizar, por primera vez, una profunda modificación a la regulación del cohecho en el Código Penal. Las inquietudes que suscitaron a finales del siglo XX responden a que su modificación resultaba sumamente necesaria, atendiendo a la razonable intención de adecuar la legislación a una realidad que cien años después se encuentra compuesta por factores completamente distintos a los que la regulación del cohecho respondía con dicha literalidad. Lo inapropiado e insuficiente de la misma generaron un escenario de hiperactividad legislativa que ha llevado a que el delito de cohecho sufra un gran número de modificaciones en los últimos 20 años.

De esta manera, para que la hipótesis contenida en el artículo 248 del Código Penal chileno de 1874 transmutara a nuestro actual artículo 249, ésta ha sido sometida a cuatro importantes reformas.

2.1. Ley 19.645 del 11 de diciembre de 1999 que modificó disposiciones del Código Penal que sancionan delitos de corrupción.

El respectivo proyecto de ley propuso una importante modificación estructural no solo en materia de cohecho, sino que también en una serie de delitos de la misma naturaleza, con el objetivo de combatir los crecientes riesgos propios de la realidad contemporánea, donde el abanico de formas que podían adoptar las conductas corruptivas se diversificaba con una preocupante velocidad²³ ²⁴. Ello no solo se materializaría en propuestas de cambios a la literalidad del Código Penal, puesto que también incluiría pequeñas

²³ La moción parlamentaria declaraba desde un inicio que *“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.”* Luego, agrega *“Pero quienes hemos asumidos responsabilidades políticas [...] no podemos desentendemos [sic] de las urgencias que nos imponen realidades tan impactantes como el aumento creciente de las conductas corruptas.”*

²⁴ Dicha afirmación no implica que nuestro país, en aquella época, estaba afrontando un álgido combate contra los crecientes niveles de corrupción. En distintas etapas de la tramitación de este proyecto se citaron los instrumentos internacionales elaborados por Transparencia Internacional de la época donde la preocupación por el tema aumentó debido a la variación que presentaron las cifras de percepción del fenómeno de la corrupción. Así, mientras los datos ofrecidos en el año 1995 ubicaban a Chile por sobre los demás países de América (incluso sobre Estados Unidos e Israel) en 1996 y 1997 las cifras descendieron un punto en su calificación, pasando de un promedio de 7.95 a 6.8 en solo dos años. Teniendo en cuenta que nuestro país suele mantener una buena posición en este ranking de medición, es posible sostener que la presentación de este proyecto no fue una reacción ante la urgencia provocada por los elevados niveles de corrupción, sino que, por el contrario, se encuentra inmerso en un contexto donde los gobiernos que sucedieron al fin de la dictadura militar decidieron prevenir y combatir los nacientes problemas en la materia y, a su vez, reestructurar y fortalecer la institucionalidad, cuestión que se evidencia en sucesos tales como la creación de la Comisión Nacional de Ética Pública en abril de 1994.

En la discusión en sala en la Cámara de Diputados, ocurrida el 6 de septiembre de 1994, el diputado informante de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, don Alberto Cardemil, expresó *“[...] podrá haber una opinión o una visión más tremendista sobre el tema en cuanto a la extensión o hasta dónde ha llegado el peligro de la corrupción en el país, pero estoy seguro de que el ánimo absolutamente compartido es prevenir y sancionar este flagelo que ha destruido o está en vías de destruir la institucionalidad de tantos países occidentales.”*

enmiendas al Estatuto Administrativo. El proyecto fue ingresado a la Cámara de Diputados el 12 de abril de 1994 y su discusión se extendió por más de cinco años.

En lo que respecta al cohecho, y tal como se mencionó en líneas anteriores, el proyecto entendía que el longevo tratamiento de la materia, contenido en nuestro Código Penal, merecía una urgente reforma. Los pilares que sostenían el radical cambio propuesto eran principalmente tres:

- (1) El Código Penal de la época no sancionaba al empleado público que solicita o exige una coima, sino que solo castiga a aquel que por dádiva o promesa ejecuta un acto obligatorio propio de su cargo, omitiere un acto debido propio de su cargo o cometiere alguno de los crímenes o simples delitos expresados en el mismo Título. En otras palabras, nuestro ordenamiento jurídico consideraba necesario sancionar el hecho que determinado funcionario recibiese una dádiva o promesa, pero dejaba en absoluta impunidad el caso en que fuese el propio funcionario quien solicitase o exigiese la coima para actuar, siendo éste un supuesto que, lógicamente, resulta aún más grave que la mera recepción.
- (2) Históricamente se entendía que el delito de cohecho era de naturaleza bilateral, pues exigía un concurso de voluntades entre un empleado público y un particular. Entendiendo que el particular que ofrece o acepta el pago de una coima a un funcionario público comete un acto igual de reprochable que el funcionario público que solicita, exige o recibe una coima, es comprensible sostener que el cohecho y el soborno son dos actos independientes que merecen ser sancionados aun cuando no exista un acuerdo efectivo entre los participantes.
- (3) La regulación ofrecida por nuestro cuerpo normativo cita, como fuente directa para su redacción, el Código Penal español de 1850, por lo que su data supera un siglo. Teniendo en cuenta que España había modificado dicho estatuto con el objetivo de dotarlo de mayor eficiencia, era del todo coherente sostener la necesidad de reformar nuestro arcaico modelo.

En el proyecto se propuso generar normas completas y suficientes, partiendo por la hipótesis de cohecho más grave de todas (esto es, la sostenida por el artículo 248 en el código de la época) y culminando con la novedosa regulación del cohecho del particular.

En lo que atañe a esta investigación, el artículo 248 del Código Penal chileno de 1874 sufriría la modificación más importante de todas, ofreciendo una exhaustiva redacción inspirada en la reciente reforma española:

“El empleado público que directa o indirectamente pida o acepte recibir dineros u otros bienes, o cualquiera ventaja o cosa apetecible, aunque no tenga significación económica, por incurrir en una acción u omisión relativa al ejercicio de su cargo que constituya delito, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo e inhabilitación perpetua para el cargo u oficio, sin perjuicio de las penas correspondientes al delito propuesto o acordado, en caso que llegue a cometerse. Si lo pedido u ofrecido es dinero o cosa apreciable en dinero y se recibe el dinero, se sancionará además con multa del tanto al triplo de la dádiva.”

La norma fue acogida casi en su totalidad²⁵ por unanimidad a lo largo del primer trámite en la Cámara de Diputados.

Sin embargo, y una vez se envió el oficio a la Cámara Revisora, se generó un constante conflicto entre las cámaras que trasladó la discusión hacia una ponderación de posturas. El segundo informe evacuado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 1 de septiembre de 1998, aun cuando manifestó estar de acuerdo en las intenciones de la Cámara de Diputados de modificar la reglamentación del delito de cohecho, propuso una renovada estructura influenciada por los especialistas invitados. En efecto, los expertos aconsejaron que el delito de exacción ilegal, que también formaba parte del proyecto de ley, no fuese redactado como una norma independiente, sino que se incluyese al interior de la norma que sancionara el cohecho. De esta manera, y entendiendo que la hipótesis más grave (es decir, la propuesta por el artículo 248 en el proyecto) merecía una tipificación autónoma, se decidió desplazar esta figura al artículo 249 y configurar un nuevo artículo 248 que sancione los casos en que el funcionario público solicitase o aceptase recibir mayores derechos de lo que le están señalados por

²⁵ No obstante, el primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de fecha 30 de agosto de 1994, sugirió suprimir la expresión “o cosa apetecible” debido a que se entendió que podía restringir, en el ejercicio interpretativo, la expresión anterior (“o cualquiera ventaja”).

razón de su cargo y aquel en que solicitase o aceptase recibir un beneficio económico para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo del cual no le están señalados derechos, mezclando los casos de exacción ilegal y la figura básica de cohecho pasivo en un mismo artículo. La justificación tras la adopción de este modelo es porque se consideró técnicamente más adecuado. A su vez, el informe relata que perseguía un propósito de política criminal, cual es el de *“establecer incentivos para la obtención de declaraciones de los involucrados en el hecho y, además, continuar vinculando la conducta de recibir un beneficio económico con la forma en que él se genera”*, en el entendido que en la figura de exacción ilegal *“el particular es siempre una víctima y, en cambio, en el cohecho puede tener dicha calidad o la de partícipe en la comisión del delito”*.

De esta manera, el Senado aprobó la idea de trasladar el caso más grave de cohecho (esto es, el artículo 248 del código de 1874) al artículo 249, redactando una norma cuya estructura se conformaba de dos incisos:

“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 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. 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.”

Luego del inminente y predecible rechazo a las enmiendas por parte de la Cámara de Diputados, la discrepancia fue resuelta en Comisión Mixta compuesta por ambas cámaras, decidiéndose por la redacción ofrecida por el Senado, aunque se desechó la discusión en torno a la unificación de la regulación del delito de exacción ilegal y la del cohecho.

Más allá de las intenciones que fundaron el proyecto de ley en cuestión, para efectos de esta investigación resulta crucial su análisis, toda vez que desde esta reforma nuestro

Código Penal adopta un nuevo modelo de regulación del delito de cohecho que trasladó la hipótesis más grave, que es aquella que sanciona al empleado público que solicita o acepta recibir el pago de dinero o beneficio económico por realizar un acto delictivo, hacia el artículo 249, otorgándole las bases a nuestra actual regulación en la materia. Por lo tanto, esta modificación constituye un punto de inflexión y justifica los objetivos de la investigación propuestos en el presente trabajo.

2.2. Ley 19.829 del 8 de octubre de 2002 que modificó el Código Penal respecto del delito de cohecho.

El proyecto de ley fue presentado el 11 de octubre del 2001 mediante Mensaje del Presidente de la República de la época, don Ricardo Lagos Escobar. El fundamento que sostenía su redacción era adecuar la normativa interna a los parámetros internacionales en la materia, debido a la ratificación de nuestro país de uno de los instrumentos internacionales más significativo que haya emanado del continente americano: la Convención OCDE para combatir el cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Adoptado el 21 de noviembre de 1997, la convención propone, en síntesis, adoptar una serie de medidas con el objeto de sancionar dicha clase de actividades que atentan contra la estabilidad de las instituciones democráticas. En este contexto, la principal reforma propuesta fue la inclusión de un nuevo tipo penal en la regulación del cohecho que sancione al funcionario público extranjero que cometa este delito en el contexto de transacciones comerciales internacionales. No obstante, es necesario destacar que aquel planteamiento no era del todo novedoso en la región si consideramos el Artículo VIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996²⁶.

²⁶ El Artículo VIII, titulado “*Soborno transnacional*”, prescribe que “*Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.*”

Por otro lado, el segundo objetivo que perseguía el proyecto era perfeccionar la figura penal del cohecho en nuestra legislación²⁷. En este caso se propuso realizar una modificación al artículo 250 del Código Penal, por cuanto la redacción del inciso tercero de la norma, obtenida gracias a la reforma realizada bajo el alero de la ley N° 19.645, ofrecía una técnica de compleja aplicación para el cálculo de la pena respectiva, al sancionar al particular con la pena del delito funcionario, según los términos del artículo 249, como inductor del acto funcionario cometido por el empleado público al tenor de lo dispuesto en el artículo 15 N°2 del Código Penal²⁸. Esta redacción ya había generado desacuerdos en la dogmática penal, puesto que la pena para el particular dependía del delito funcionario cometido por el empleado público cohechado en circunstancias que podía tener una pena única sin realizar la remisión. Asimismo, autores señalaban que el legislador pretendía castigar, con las penas del autor del delito consumado, a quien ofreciera un beneficio económico para cometer un delito, sin esperar a que este efectivamente se cometiera, lo que resultaba inaceptable²⁹. Por ende, la enmienda tenía por finalidad otorgarle una penalidad autónoma al particular en tal caso y evitar dicha incongruencia³⁰.

En consecuencia, para concretar el cambio propuesto al artículo 250 era necesario realizar un ajuste a la literalidad del inciso segundo del artículo 249 debido a la referencia que esta norma hacía para el cálculo de la pena en caso de que la sanción aparejada al delito

²⁷ (Oliver Calderón 2003, 39). *“El propio nombre que se dio a dicho proyecto de ley resulta ilustrativo al respecto: ‘Proyecto de ley que adecua la legislación interna para implementar en Chile la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, y modifica el tipo penal de cohecho activo.’”*

²⁸ El inciso tercero del artículo 250 expresaba que *“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.”*

²⁹ (Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2001, 202).

³⁰ Sin embargo, esta opinión no era del todo pacífica. El profesor Antonio Bascuñán Rodríguez, en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, manifestó que la técnica seleccionada por la reforma introducida por la ley N° 19.645 *“es la forma más simple de lograr que el sobornante sea sancionado con una pena adicional a la inhabilitación y la multa, que mantenga una proporción directa con la pena establecida para el funcionario.”* Señaló que, a su juicio, *“la norma es muy simple, al ordenar castigar al sobornante con la misma pena establecida por la ley para el delito cometido por el funcionario”*. Sin embargo, reconoció que la regla *“no concordaba con el principio de la incomunicabilidad en relación a los delitos especiales”*, pero que si bien la redacción propuesta solucionaría dicho problema, podría traer otros de igual profundidad.

funcionario fuera menor a la ofrecida por el inciso 3 del artículo 250. Para tales efectos se ofreció enmendar el inciso segundo al tenor de lo siguiente:

“Lo establecido en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público. Si aquella pena no resultare superior a la de reclusión menor en su grado mínimo, se aplicará al empleado público la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo.”

Dicha propuesta se mantuvo hasta el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que, asesorado por la opinión del profesor Antonio Bascuñán Rodríguez, concluyó que la literalidad de la norma podría acarrear eventuales problemas que nacen a partir de la consagración de una regla de determinación del marco legal abstracto de la pena y no una regla sustitutiva de la determinación judicial concreta de la pena. Las consecuencias prácticas de aceptar una redacción como la ofrecida en el proyecto eran dos:

- (1) Su aplicación produciría una distorsión en la jerarquía de penalidades que el Código Penal comprende para los delitos cometidos por empleados públicos. El académico advirtió que si el delito funcionario cometido en razón del cohecho posee aparejada una pena máxima de reclusión menor en su grado medio, se mantendría dicho grado como el tope máximo de la pena aplicable a dicho funcionario. En cambio, si la pena aparejada al delito funcionario tiene un tope máximo de reclusión menor en su grado mínimo, la norma permitiría la aplicación de una pena cuyo máximo sería más alto, esto es, la reclusión menor en su grado máximo.

Para ejemplificar esta alteración, suponga la siguiente situación. Un funcionario de una municipalidad de nuestro país solicita una cierta suma de dinero a un particular para cometer el delito de infidelidad en la custodia de documentos abriendo, sin la autorización competente, cierto documento cerrado sobre el cual le fue conferida su custodia (según lo tipificado en el artículo 244 del Código Penal). El delito en sí tiene aparejada la pena de reclusión menor en su grado mínimo, pero el funcionario, por expresa disposición del inciso segundo del artículo 249 del proyecto, podría ser sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo.

Al mismo tiempo, otro funcionario de la misma municipalidad solicita una cierta suma de dinero a un particular para cometer el delito de negociación incompatible, interesándose en un contrato celebrado por la municipalidad en la que trabaja, representándola en la ejecución (al tenor de lo expresado en el artículo 240 del Código Penal). El delito en sí tiene aparejada la pena de reclusión menor en su grado medio y no aplicaría lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 249 del presente proyecto, puesto que la pena del delito supera la reclusión menor en su grado mínimo. Suponiendo que ambos funcionarios son condenados, la distorsión en la jerarquía de las penas se produce porque el primero de ellos podría recibir una sanción que alcanza la reclusión menor en su grado máximo, mientras que el segundo, cometiendo un delito más grave que el primero, recibe una sanción menor, esto es, reclusión menor en su grado medio.

Por lo tanto, se genera un contrasentido, puesto que delitos de menor gravedad son susceptibles de ser sancionados con penas más altas que delitos de mayor gravedad.³¹

- (2) En numerosos casos, la norma podría ser ineficaz. Si la pena del delito funcionario cometido en razón del cohecho fuera compuesta, y ésta incluyese la reclusión menor en su grado mínimo y grados superiores, las penas serían superiores a la de reclusión menor en su grado mínimo, por lo que la norma no gozaría de una amplia aplicación y no tendría sentido su existencia.

Para la solución de dicho problema, se aconsejó adoptar una nueva redacción que, luego de ser ligeramente modificada por el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia de la época, don Francisco Maldonado Fuentes, y aprobada por las posteriores etapas legislativas, se decidió que el inciso segundo del artículo 249 debía configurarse de la siguiente manera:

³¹ El profesor Antonio Bascuñán Rodríguez declaró que *“el cohecho previo alteraría la penalidad del delito posterior, permitiendo la aplicación, a los delitos menos graves, de sanciones más severas que las aplicables para delitos más graves”*.

“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.”

2.3. Ley 20.730 de 8 de marzo de 2014 que reguló el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios.

El proyecto fue presentado el 28 de agosto de 2008, mediante Mensaje evacuado por parte del Vicepresidente de la República de la época, don Edmundo Pérez Yoma, bajo el primer mandato de Michelle Bachelet Jeria.

La modificación consistía en la creación de un estatuto que regulara el lobby, y en ningún caso contemplaba enmiendas a la regulación del cohecho. Sin embargo, fue en el Informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de fecha 11 de junio de 2013, donde los diputados Jorge Burgos, Guillermo Ceroni, Marcelo Díaz, Cristián Mönckeberg y Felipe Harboe presentaron una indicación para realizar cambios al artículo 248 bis, 249 y 250 del Código Penal, con el objeto de aumentar las penas asociadas a dichos delitos. La razón por la cual dichas indicaciones fueron presentadas en aquella instancia no es del todo clara, pero es presumible suponer que, debido a una estrecha relación entre el lobby como actividad y el delito de cohecho, tan solo se aprovechó el momento para formular un cuestionamiento al artículo 249 del Código Penal sin desviar la discusión central.³²

El fundamento que subyace la intención de reformar el mencionado artículo, al igual que el artículo 248 bis, es aumentar la pena accesoria aplicable a dichos delitos. De esta manera, se propuso reemplazar la inhabilitación especial puesto que, en palabras del diputado Jorge Burgos, *“no es congruente que el empleado público deba abandonar el cargo que ocupa, pero no tenga impedimento para desempeñarse en otro servicio público”*. De esta

³² Es coherente con lo que consta en el informe de la Comisión de Hacienda, evacuado a la Cámara de Diputados el 5 de agosto del 2013, en el que se afirma que la instancia *“se entendió como un perfeccionamiento del cohecho [...]”*.

manera, se propuso una enmienda cuya redacción no era lo suficientemente clara³³, pero que fue posteriormente perfeccionada en el informe de la Comisión Mixta del 13 de enero del 2014, en el que se decidió reemplazar la expresión “*inhabilitación especial perpetua e inhabilitación absoluta temporal, o bien con inhabilitación absoluta perpetua*” por “*inhabilitación absoluta, temporal o perpetua*”. La propuesta no encontró obstáculos y fue aceptada sin más discusión.

2.4. Ley 21.121 de 20 de noviembre del 2018 que modificó el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción.

El proyecto fue presentado el 8 de junio de 2016 por un conjunto de senadores cuyo objetivo principal, en términos generales, apuntaba a realizar modificaciones a los delitos de cohecho y soborno, además de tipificar los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal. Constituye la propuesta de modificación en la materia más ambiciosa e importante de los últimos diez años, debido a su profunda injerencia en relación al tratamiento de los delitos funcionarios en Chile.

Basados en la innegable gravedad de los delitos de corrupción, los impulsores señalaron que dicha caracterización, patente en la normativa internacional suscrita por nuestro país, no posee un correlato en nuestra legislación, cuestión que se manifiesta en diversos aspectos de nuestra regulación tales como la baja penalidad asociada a los delitos, la ausencia de figuras relevantes (como el soborno entre particulares y la administración desleal) y la falta de adecuación de la normativa a estándares internacionales, por mencionar algunos. En lo relativo a esta investigación, se propone un considerable volumen de modificaciones a la modalidad de cohecho del artículo 249 del Código Penal, pudiendo ser considerada como la mayor sugerencia de cambios desde que adquirió la redacción actual. Se propuso lo siguiente:

³³ Se creó un Título IV en el proyecto de ley, señalando que “*en el inciso primero del artículo 249, eliminase la frase “especial perpetua e inhabilitación” entre los términos “inhabilitación” y “absoluta”; la coma [,] a continuación de la palabra “temporal”; y la frase “bien con inhabilitación absoluta” luego de la conjunción “o.”*”

- (1) Realizando un especial paralelo entre el cohecho y aquellos delitos funcionarios dotados de un carácter patrimonial³⁴, los redactores propusieron la imposición de una pena corporal como sanción, sobreponiéndose a la inhabilitación y la multa una pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio en atención a la gravedad de la hipótesis.
- (2) Luego, y al igual que en el resto de las modalidades, se propuso ampliar la noción del beneficio solicitado o aceptado por parte del funcionario, extendiendo su alcance más allá de términos económicos y aceptado la posibilidad de dádivas de naturaleza diversa.
- (3) Como consecuencia de lo anterior, y dado que la regulación vigente a la época asociaba la pena de multa con la cuantía del beneficio económico, resultaba imperioso establecer multas en monto fijo cuando se trate de un beneficio de naturaleza distinta en atención a la dificultad de su cuantificación.
- (4) Se propuso responder a una deuda histórica relativa a la norma, incluyendo la modalidad de comisión de cohecho subsiguiente (esto es, “*por haber cometido*” alguno de los delitos funcionarios del cuerpo punitivo) como forma de armonizar esta hipótesis al resto de las figuras de cohecho que si la contienen.
- (5) Finalmente, y dado que se sugirió la imposición de una pena corporal de reclusión mayor, la norma de concurso que se contemplaba en el vigente inciso final del artículo 249 carecería de sentido, pues ésta establecía que la pena que contemplaba este artículo debía ser sin perjuicio de aquella correspondiente al delito funcionario cometido, no pudiendo en caso alguno ser inferior a la de reclusión menor en su grado medio, pena menor a la que el proyecto propuso. Por ende, y para evitar el evidente problema que originaría, se solicita una simplificación de la norma a través de una redacción que indique que los concursos que puedan generarse entre

³⁴ En efecto, el proyecto señala que “*En la actualidad, dentro de los delitos funcionarios, la mayoría de los tipos penales tienen calidad de simples delitos, es decir, una penalidad de privación de libertad no superior a cinco años, con un par de excepciones correspondientes a los delitos de malversación de caudales públicos y fraude al fisco [...]*”. Luego, agrega que “*los delitos de corrupción de carácter patrimonial tienen un reproche penal mayor al asignado al delito de cohecho, figura que se corresponde con la conducta más reprochable a un funcionario público, pues atenta con las bases fundamentales del desarrollo de la función pública [...]*”.

el artículo 249 y el delito funcionario cometido serían resueltos conforme a las reglas generales.

El conjunto de propuestas anteriormente mencionadas permitió que se sugiriese el reemplazo de la redacción del artículo 249 del Código Penal chileno conforme el siguiente tenor:

“El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio indebido, para sí o para un tercero para cometer o por haber cometido 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 reclusión mayor en sus grados mínimo a medio, inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, y multa del duplo al cuádruple 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.

Lo establecido en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público y a las reglas concursales de aplicación general.”

Las modificaciones no se hicieron esperar y el Poder Ejecutivo, mediante Oficio de fecha 18 de julio de 2017, realizó indicaciones sobre el proyecto. Respecto al artículo 249, se propuso reemplazar la expresión “*beneficio indebido*” por “*beneficio económico o de otra naturaleza*”; y, a su vez, se sugirió modificar la pena realizando un reenvío a la pena del artículo 248 bis³⁵. Si bien el primer punto se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la nueva ley, el segundo apartado no gozó de buena salud, por cuanto se consideró que podría traer problemas de interpretación en razón de las expresiones utilizadas, por lo que se prefirió el establecimiento de una única pena inserta en la misma norma³⁶.

³⁵ Se reemplazó la mención sobre la pena al tenor de “[...] será sancionado con el máximo o el grado máximo de las penas señaladas en el inciso primero del artículo 248 bis”.

³⁶ Sobre el particular, el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, don Ignacio Castillo, señaló que “Al respecto, lo que se propone en cambio es en lugar de hacer un reenvío, establecer una única pena, pero además también tiene una virtud la indicación, cuestión que no se percataron pero así decirlo en su momento en la

Luego del rechazo de las enmiendas por parte del Senado, se determinó iniciar un trámite en Comisión Mixta. Con el cambio de gobierno, el Ejecutivo planteó una nueva redacción³⁷ y, en consecuencia, se sumaba una propuesta a la disputa de las redacciones presentadas inicialmente por el Senado y por la Cámara de Diputados³⁸. El problema que se generó en este punto es que se inició una constante discusión en relación a la penalidad del delito y respecto de cuál redacción se preferiría, obviando las advertencias de los expertos en la materia que aseguraban que, en los delitos de cohecho, no existía una insuficiencia en las sanciones³⁹, provocando que el resto de los puntos relevantes pasaran a segundo plano. Esta situación, acompañada de la rápida discusión en el último apartado del debate⁴⁰, trajo consigo la aprobación de las ideas relativas a la modificación de la sanción y a la amplitud del concepto de beneficio económico, pero de forma inexplicable no se aprobó la enmienda relativa a la regulación del cohecho subsiguiente. No consta discusión alguna sobre la

tramitación en la otra cámara, y que tiene que ver con que se agrega al cohecho de naturaleza económica los de otra naturaleza. Cuando se trata de otra naturaleza, eso hay que cuantificarlo [...]

³⁷ Se propuso una redacción del siguiente tenor: *“El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o para un tercero para cometer o por haber cometido alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y multa del cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de ciento cincuenta a mil quinientas unidades tributarias mensuales.*

Las penas previstas en el inciso anterior se aplicarán sin perjuicio de las que además corresponda imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate.”

³⁸ Así, se propuso lo siguiente *“El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o para un tercero para cometer o por haber cometido alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado máximo, aplicada en su máximo, de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo y multa del cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de ciento cincuenta a mil quinientas unidades tributarias mensuales.*

Las penas previstas en el inciso anterior se aplicarán sin perjuicio de las que además corresponda imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate.”

³⁹ Sobre el tema, el profesor Héctor Hernández Basualto puntualizó que *“los problemas actuales de la persecución penal del cohecho no pasan por la insuficiencia de penas sino por la forma como están descritas estas conductas en la ley, con el exagerado estándar probatorio que exigen nuestros tribunales para apreciar el delito, y con la forma como se administran los incentivos al interior del sistema procesal penal.”*

⁴⁰ Es del todo presumible sostener que la agilización de la discusión se deba, en términos políticos, a una forma de demostrar una capacidad de reacción del gobierno de turno ante los diversos hechos que, en los últimos cinco años, ha vivido Chile en relación a la comisión de conductas corruptivas dentro del sector público de nuestro país.

materia, por lo que concluyo que la hiperactividad legislativa respecto al aumento de pena, entendida como técnica de política criminal para efectos de combatir la corrupción, provocó que se descuidara el resto de los tópicos y, en consecuencia, se terminó por excluir de la ley el apartado respecto a la tipificación de la modalidad subsiguiente, lo cual parecería ser a lo menos negligente.

Por consiguiente, la actual redacción del artículo 249 del Código Penal chileno es la siguiente:

El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, 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 las penas de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y multa del cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de ciento cincuenta a mil quinientas unidades tributarias mensuales.

Las penas previstas en el inciso anterior se aplicarán sin perjuicio de las que además corresponda imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate.

CAPÍTULO II

LOS ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO DEL ARTÍCULO 249 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO

Tal como se ha señalado en la introducción de este trabajo, la justificación tras los ánimos de precisar en el tipo objetivo de la norma recae en su constante carácter secundario en relación al resto de las figuras típicas en materia de cohecho. Un examen a las principales obras doctrinarias en materia de Derecho Penal chileno delata un escaso desarrollo al respecto. Dicho fenómeno provocaría absoluta indiferencia si no fuese por el hecho que el artículo 249 sanciona la comisión de un acto delictivo, cuestión considerablemente más grave que el mero hecho de aceptar o recibir mayores derechos de los permitidos o la omisión debido a la infracción de deberes propios de su cargo.

No obstante, la formación de la inquietud personal descrita debe ser comprendida junto a una serie de factores relativos al delito de cohecho que permiten sostener el presente interés por referirme a los elementos del tipo objetivo. Más allá de lo dicho anteriormente, son tres las observaciones

- (1) El cohecho es un delito claramente doloso, no siendo posible la comisión imprudente. De la sola lectura del artículo 249 se concluye que el funcionario público debe perseguir como objetivo la realización de la conducta típica, pero no resulta imaginable una situación en la que el sujeto activo solicite o acepte un beneficio económico para la comisión de un delito por mera negligencia⁴¹, cuestión que se extiende a gran parte de los delitos funcionarios⁴². De lo anterior se colige que el hecho punible descrito no presenta serios problemas en materia de imputación subjetiva que permitan realizar un acabo estudio al respecto.

⁴¹ (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 226). Sobre la expresión “... para ejecutar o por haber ejecutado...” de la figura básica de cohecho del funcionario público del artículo 248 del Código Penal, cuestión extrapolable al artículo 249, declaran que “Lo primero que cabe señalar en relación con esta frase es que ella revela una importante exigencia a nivel subjetivo. En efecto, la mencionada expresión resulta incompatible con el dolo eventual, pues sólo de quien obra con dolo directo puede decirse que pide o acepta algo para realizar una acción o por haberla realizado.”

⁴² Sin embargo, autores han sostenido que en casos como el delito de negociación incompatible es del todo posible admitir su concreción con dolo eventual. Al respecto, véase (Mañalich Raffo 2015, 102).

- (2) No tiene relevancia adentrarse en la causa que determinó la realización del delito. En el particular, la ejecución de la conducta típica por parte de un funcionario público prescinde casi por completo del examen de las motivaciones que tuvo el sujeto activo para su comisión, pues lo realmente destacable es que el comportamiento de naturaleza unilateral se produzca, lo que instantáneamente acarrea una alteración en el funcionamiento de la administración más allá de si dicha consecuencia se alinea con determinados objetivos del funcionario.
- (3) Dada las características del delito, no es posible configurar una eximente de responsabilidad basada en el desconocimiento de la ilicitud del hecho. En efecto, sería a lo menos curioso sostener que un funcionario público no solo desconozca la ley, sino las normas que rigen el ejercicio de su función como representante de la administración, en el entendido que es posible considerarlos como garantes de un interés colectivo. Si bien no es del todo imposible subsumir una conducta típica cometida por un funcionario público dentro del error de prohibición como eximente de responsabilidad⁴³, resulta complejo sostener una sólida posición en relación al cohecho.

Una vez esgrimidas las razones que justifican la presente investigación, conviene exponer sistemáticamente los elementos del tipo objetivo del artículo 249 del Código Penal chileno, sus discusiones y proyecciones.

1. El bien jurídico protegido.

El estudio del delito de cohecho en nuestra doctrina no ha visto en el bien jurídico protegido un apartado sobre el cual centrar el debate⁴⁴, lo que ha generado que la opinión

⁴³ La Corte Suprema ha señalado en contadas ocasiones, y en relación al delito de negociación incompatible, la posibilidad de configurar una eximente de responsabilidad para un funcionario público que comete aquél delito basado en el desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Para tales efectos, véase la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 23 de marzo de 1999, Rol N° 2133-98.

⁴⁴ (Oliver Calderón 2004, 92-96) siguiendo a (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 328). Los autores, en el año 2004, notaban una deficiencia en relación al tratamiento del bien jurídico protegido, señalando que el profesor Gustavo Labatut se había referido a ese punto de manera sumamente excepcional. Si bien en la actualidad existe un amplio volumen de literatura que se refiere, en mayor o menor profundidad, al delito de cohecho, lo cierto es que sigue siendo un punto de escaso debate en nuestro país.

sobre este punto se haya mantenido relativamente inalterable hasta nuestros días. Este fenómeno resulta llamativo considerando el gran número de reformas que ha sufrido este delito en los últimos veinte años. Sin embargo, y más allá de cualquier crítica sobre la inactividad de la dogmática en lo relativo a este tópico, es necesario aclarar que, al respecto, existen dos premisas más o menos transversales a todas las obras nacionales. La primera dice relación a la existencia de un bien jurídico único que se encuentra protegido por el cohecho tanto desde la óptica del funcionario público como del particular que lo comete⁴⁵, cuestión que resulta atingente destacar considerando el derrumbe de la noción bilateral de este delito. Y, en segundo lugar, de un examen a la literatura nacional es posible reconocer dos grandes vertientes en relación a la determinación del bien jurídico protegido⁴⁶.

La primera es aquella que identifica a la probidad de la función pública o ciertas características asociadas al desempeño de la misma como el bien jurídico protegido tras el delito de cohecho. Sobre la primera, se entiende que el delito protege la probidad en la administración del Estado ante situaciones donde los encargados de gestionar el Estado incurran en comportamientos que no se adecúen a las funciones propias de su cargo, de tal manera que la tipificación de las mismas persigue la finalidad de marginar o evitar la corrupción⁴⁷. Sobre la segunda, de una larga data histórica⁴⁸, justifica la existencia del delito de cohecho en función de la protección de cuestiones como el decoro, el respeto, el prestigio o la confianza, citando una serie de deberes o elementos que nacen a partir del cargo que desempeña el funcionario. Ambas posturas han sido criticadas porque ubica el núcleo de la discusión en el cumplimiento de meros deberes asociados al funcionario en cuestión⁴⁹, en circunstancias que estos no son propiamente tal un bien jurídico, sino que

⁴⁵ En la doctrina nacional, véase (Oliver Calderón 2004, 92-93); (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 330); y (Balmaceda Hoyos 2014, 633).

⁴⁶ (Artaza 2016, 320).

⁴⁷ (Garrido Montt 2010, 454).

⁴⁸ En nuestro país, véase (Labatut Glenda 2000, 90).

⁴⁹ (Artaza 2016, 321-322).

su cumplimiento permite proteger el auténtico bien jurídico tutelado⁵⁰. Asimismo, cuestiones como el prestigio y la confianza son un efecto del correcto funcionamiento de la administración⁵¹ porque, de otra manera, no serían más que conceptos vacíos que podrían incluso servir como coartadas para defender espacios de poder. A modo de ejemplo, si suponemos que el bien jurídico protegido es la confianza de la opinión pública en la administración, no podría ser considerado como tal si la sociedad perdió dicha confianza debido a que en el Estado se cometen constantemente conductas corruptivas. En consecuencia, se establecería una relación inversamente proporcional, pues mientras mayor sea la práctica de corrupción dentro de un Estado, menor será el esfuerzo y merecimiento de castigarlos⁵², lo que generaría un contrasentido.

Desde una arista más trabajada, la segunda vertiente opta por señalar que, en principio, existe un interés general del legislador de proteger la función pública, asegurando su correcto desempeño a través de la tipificación de figuras que, en nuestro Código Penal, se encuentran, en su mayoría, en el Título V del Libro II⁵³. Dicho tratamiento encuentra un respaldo a nivel constitucional que, de forma indirecta, considera a la función pública como un interés relevante⁵⁴.

⁵⁰ (Oliver Calderón 2004, 93). En ese mismo sentido, (Kindhäuser 2007, 9-10). Sobre este último autor, ilustra la situación señalando que *“la confianza de la opinión pública es solamente un reflejo de la protección de la capacidad de funcionamiento de la Administración Pública”*.

⁵¹ (Asua Batarrita 1997, 22).

⁵² (Kindhäuser 2007, 9). *“En un Estado en el que, por ejemplo, la corrupción es el pan de cada día y en el que, por tanto, no existe ninguna confianza en la Administración, la corrupción no podría ser castigada. Falta pues una confianza que proteger. En consecuencia, si fuese correcto el parecer que sostiene que el bien jurídico de los delitos de corrupción estatal es la confianza de la opinión pública, la corrupción sería menos digna de castigo mientras más intensamente se practique en un Estado [...]”*.

⁵³ (Rodríguez Collao 2005, 332) Al respecto, el autor señala que el correcto desempeño de la función pública es *“un bien jurídico de naturaleza institucional o supraindividual que se estructura sobre la base de caracteres esencialmente normativos, los cuales varían ostensiblemente de un delito a otro”* Por ello es que, en el caso del cohecho, es necesario precisar el aspecto concreto que se pretende tutelar. En España, y en este mismo sentido, (Asua Batarrita 1997, 22) quien señala que *“la doctrina más actual sitúa el objeto de tutela genéricamente en el funcionamiento correcto de la Administración, si bien debe precisarse en cada caso, según el campo de decisión o actividad que se contempla en la descripción de cada delito, el aspecto concreto de tutela.”*

⁵⁴ (Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2017, 609). Los autores señalan que el artículo 52 de la Constitución Política de la República, que regula las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados, menciona la posibilidad de que éste órgano declare si ha lugar o no a las acusaciones constitucionales contra Ministros de Estado, delegados y autoridades regionales por los delitos de *traición, concusión, malversación de caudales públicos y soborno*. Al

No obstante, esta fórmula no basta, pues es necesario determinar el aspecto concreto de la función pública que cada delito pretender tutelar, y al momento de precisar la propiedad que caracteriza la protección tras el cohecho es donde se presenta la mayor discusión sobre este tópico⁵⁵.

Luego de realizar un análisis sobre la materia, considero que la justificación tras la criminalización de la conducta que subyace al delito de cohecho en general, y la hipótesis del artículo 249 del Código Penal chileno en particular, es el principio de imparcialidad. A diferencia de los conceptos utilizados en la primera vertiente, la imparcialidad tiene un contenido conceptual relativamente definido⁵⁶ cuya principal función es servir como un límite externo al buen funcionamiento de la administración, permitiendo, en consecuencia, la tutela de la función pública. Esta segunda posición, en términos simples, constituiría un marco que contiene a la primera postura.

En términos concretos, la imparcialidad delimita el abanico de actuaciones que un funcionario público efectúe en el marco de una constante relación con terceros y coarta legítimamente su capacidad de decidir, para efectos de evitar que se genere una disparidad entre tales vínculos. Así, el derecho penal solo debería actuar ante el incumplimiento de los deberes propios del funcionario público en la medida que éstos *“se entiendan como una forma indebida de representación, o como una forma no autorizada de relación con los ciudadanos de acuerdo a los intereses declarados del representado (Estado)”*⁵⁷. Una consideración del principio de imparcialidad como límite a la administración implicaría evitar el sometimiento de la función pública a la satisfacción de fines distintos a los representados por el Estado, frenando la producción de ventajas comparativas indebidas entre sus beneficiarios.

respecto, sostienen que, a través de esta mención, la Constitución está reconociendo *“la existencia de delitos contra la administración cometidos por empleados públicos; y, segundo, que estima de tal importancia su existencia, que permite fundamentar una acusación constitucional”*.

⁵⁵ Para consultar una resumida referencia sobre el tema, véase (Oliver Calderón 2004, 94-95).

⁵⁶ (Valeije Alvarez 1996, 31). A modo de referencia, el principio de imparcialidad de la función pública puede ser entendido como *“la obligación que tienen los poderes públicos de actuar con total independencia y neutralidad respecto a las interferencias que pueden provocar los intereses privados de un individuo o de un grupo de ellos.”*

⁵⁷ (Artaza 2016, 322).

A esta última posición se adscriben tanto autores nacionales como parte de la doctrina comparada consultada⁵⁸.

2. La naturaleza del delito.

Considero coherente que, una vez definido el bien jurídico protegido tras la modalidad de cohecho pasivo ofrecida por el artículo 249 del Código Penal, es necesario determinar la clase o naturaleza del delito en función de categorías que vinculen al bien jurídico con la justificación que es susceptible de adoptar para su punición una vez generada una lesividad o afectación del mismo.

En principio, es menester aclarar que el bien jurídico protegido anteriormente definido (esto es, el respeto al principio de imparcialidad para asegurar el correcto funcionamiento de la administración) hace referencia a un objeto sumamente amplio o abstracto que no se encuentra al servicio de un individuo claramente especificado o un determinado grupo compuesto por ellos, sino que, por el contrario, sirve a los intereses de la generalidad de las personas, cuestión que ha permitido que sea etiquetado como un bien jurídico de orden *colectivo* o *universal*⁵⁹. Más allá del hecho que el correcto funcionamiento de la administración sea un principio general que interesa a toda la comunidad, dicha estructura cumple, a su vez, con dos condiciones que caracterizan a este tipo de bienes jurídicos⁶⁰: por un lado, nadie puede ser excluido de su uso; y, por el otro, no existe rivalidad en su consumo, de tal manera que si una persona utiliza ese bien, ello no impediría o perjudicaría el uso dado por otro individuo.

Teniendo en cuenta lo recién mencionado, lo relevante es determinar, para efectos de legitimar el castigo, cuál es la conducta que el funcionario público, como sujeto activo en el delito de cohecho, debe ejecutar para que ésta *lesione o ponga en riesgo* el bien jurídico descrito, lo que nos dirige indiscutiblemente a encasillar el artículo 249 dentro de alguna de las categorías que componen la tradicional clasificación tripartita: esto es, los delitos

⁵⁸ En nuestro país, véase (Artaza 2016, 320-322); (Balmaceda Hoyos 2014, 633-634); y (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 330-331). En España, véase (Valeije Alvarez 1996, 30-32); (Asua Batarrita 1997, 22) y (Ortíz de Urbina Gimeno 2001, 310).

⁵⁹ (Hefendehl 2002, 3).

⁶⁰ (Hefendehl 2002, 3-4).

de *lesión*, de *peligro concreto* y de *peligro abstracto*. Para efectos de especificar la naturaleza del delito en concreto, se tendrán en cuenta dos premisas previas:

- (1) Una de las proposiciones asociada a la clasificación tripartita recientemente mencionada dice relación a que se entiende que ésta es concluyente, cuestión que trae aparejada dos conclusiones: desde una arista *normativa*, implica que no resulta legítimo crear tipos penales que superen los de peligro abstracto, entendiendo a éstos como la última de las categorías susceptible de ser merecedora de pena; y, desde una arista *analítica*, todo tipo penal es posible de ser clasificado en alguna de las tres categorías⁶¹. No obstante, dicha caracterización ha sido ampliamente rechazada a través de la aceptación de nuevos tipos de delito.
- (2) Es del todo común que los bienes jurídicos colectivos, para efectos de su protección, adopten estructuras de peligro abstracto debido a que el objeto a tutelar es sumamente amplio y difícilmente delimitable, lo que no permite identificar un objeto concreto que pueda ser efectivamente lesionado por acciones individuales⁶².

El problema, por un lado, es que la categoría se utiliza para albergar una gran cantidad de bienes jurídicos colectivos que parecieran no serlo, configurando una apariencia de colectividad cuando, en realidad, no son más que una mera suma de bienes jurídicos individuales⁶³; y, por el otro, que en el caso de los verdaderos

⁶¹ Respecto al carácter concluyente de la clasificación, (Kuhlen 2012, 226).

⁶² En el mismo sentido, (Kindhäuser 2007, 9-10) y (Fernández Cabrera 2017, 86-87). Sin embargo, la última autora mencionada reconoce que dicho presupuesto es criticable, puesto que la adopción de una estructura de peligro abstracto podría ser evitada logrando una correcta caracterización del bien jurídico, lo que permitiría identificar una lesión mediante acciones individuales y tipificarlas dentro de una estructura de resultado. Siguiendo algunas ideas de Claus Roxin sostiene que, para lesionar la función pública, no se requiere que ésta sea completamente corrupta o disfuncional en su totalidad, sino que *“se constaten empíricamente una serie de efectos sociales dañosos como un trato desigual hacia los administrados o un beneficio injusto, lo cual puede ser producido por un solo delito de cohecho o un solo delito de prevaricación”*. La aplicación de esta idea ha permitido reconocer que el delito de cohecho puede ser de lesión o de peligro desde la arista del funcionario público y del particular, respectivamente.

En nuestro país, sobre una escueta defensa de esta postura, véase (Oliver Calderón 2004, 95).

⁶³ (Hefendehl 2002, 9). Al respecto, el autor sostiene que *“Un uso correcto del concepto de bien jurídico ha de conducirnos a desenmascarar aparentes bienes jurídicos que en realidad no lo son”*. Sobre el tema, utiliza como ejemplo el ámbito de las drogas, en donde *“[...] se dice que lo que se protege es la Salud Pública, un bien jurídico*

bienes jurídicos colectivos, como sería el caso del correcto funcionamiento de la administración, no es posible encasillarlos dentro de esta categoría, por cuanto éstas parten de la premisa que el bien jurídico que protege un determinado tipo penal puede ser lesionado o puesto en peligro a través de conductas individuales, lo que en lo relativo al funcionamiento de la administración parece insuficiente. En efecto, el hecho que un funcionario público reciba una cierta suma de dinero para perpetrar el delito de fraude al fisco, como acción individual aislada, pareciera no gozar de una potencialidad suficiente para afectar por si misma el correcto funcionamiento de la administración. Ello nos obligaría a buscar un nuevo argumento que legitime el castigo y que permita establecer una efectiva causalidad lesiva⁶⁴.

Una forma de solucionar las insuficiencias de las estructuras de peligro abstracto y responder a las críticas realizadas a la clasificación tripartita es aceptar la idea de la *acumulación*. Ello nos permitiría superar la estructura mencionada y afirmar que existen acciones concretas que, entendidas de manera aislada, no son adecuadas para lesionar el bien jurídico protegido, así como tampoco pueden ser consideradas abstractamente peligrosas⁶⁵ y, en consecuencia, legitimar el reproche de una conducta típica individualmente insignificante asumiendo la idea que su repetitiva realización a futuro si alterará el interés en cuestión. Si bien esta estructura fue pensada para una hipótesis de delito contra el medio ambiente en el derecho alemán, prontamente fue extendiéndose para abarcar otros supuestos, entre los cuales se encuentran los delitos funcionarios.

colectivo". Pero luego, señala que "*puede afirmarse que la salud pública no es ni más ni menos que la salud de todos los miembros de la sociedad*" y, en consecuencia, no sería un bien jurídico colectivo, sino solo una suma de bienes jurídicos individuales.

⁶⁴ (Hefendehl 2002, 10).

⁶⁵ (Kuhlen 2012, 228). "*En ellos [los delitos de acumulación], el que la acción concreta no sea adecuada para lesionar el bien jurídico protegido no es la excepción, sino la regla, no siendo por lo tanto la conducta ni siquiera abstractamente peligrosa*". Luego, agrega que "*Se podría clasificar estos delitos como delitos de peligro abstracto, siempre y cuando esta categoría se definiera de manera puramente negativo, estableciendo que son delitos de peligro abstracto aquellos que no exigen ni la lesión ni la puesta en peligro concreto*", aunque reconoce que adoptar esta estructura sería inútil, pues desfiguraría la clasificación en sí misma al privarla de la imposición de límites. En esta misma línea, véase (Hefendehl 2002, 11).

De esta forma, considero que el artículo 249 del Código Penal es un delito de acumulación. Fundo dicha afirmación en el hecho que es del todo lógico deducir que la comisión de una aislada conducta de índole corruptiva no tiene la potencialidad suficiente para dañar la administración propiamente tal. Si suponemos que un funcionario policial de nuestro país aceptó un beneficio económico a cambio de no imponer una multa por exceso de velocidad, la conducta considerada de manera aislada no permite concluir que se ha liberado un germen corrupto en la organización del Estado chileno o que forme parte de un fenómeno de macrocorrupción profundamente asentado. Ahora bien, y en el entendido que el bien jurídico protegido en la modalidad de cohecho del artículo 249 del Código Penal chileno es el respeto al principio de la imparcialidad para asegurar el correcto funcionamiento de la administración, es cierto que su perpetración irroga un perjuicio que se materializa en la creación de ventajas indebidas y tratos desiguales entre aquellos que acceden a la administración⁶⁶, pero se resalta que el acto aislado no posee el poder suficiente para alterar la estructura social y sus instituciones. De esta manera, la legitimación tras la decisión del legislador de castigar al funcionario público que solicita o acepta un beneficio económico para cometer un delito funcionario inserto en el Código Penal chileno dice relación a que su reiterada comisión puede resultar relevante para el funcionamiento de la administración, desatando efectos concretos sobre actitudes y regulaciones⁶⁷.

Esta posibilidad ha sido ampliamente explorada en la dogmática comparada, quedando pendiente su estudio en nuestro país.

3. El sujeto activo.

3.1. Concepto de empleado público.

El artículo 249 del Código Penal chileno exige que la conducta típica sea realizada por un empleado público. La determinación del concepto viene dada por el artículo 260 del

⁶⁶ (Fernández Cabrera 2017, 88).

⁶⁷ (Loss 2009, 158). En otros términos, el legislador decidió tipificar el cohecho en general, y la figura del artículo 249 en particular, debido a su *importancia expresiva*, pues cada uno de los delitos funcionarios individualmente considerados son un “*mal ejemplo*” para funcionarios y la sociedad en general.

mismo cuerpo normativo⁶⁸. Sobre este tema, considero que es imperioso precisar tres puntos que permiten caracterizar el concepto.

Primero, el artículo 260 ofrece un concepto bastante amplio de lo que debe entenderse por empleado público⁶⁹. La norma, cuya estructura fue recogida del Código Penal español de 1870, se ha mantenido inalterable durante más de cincuenta años, y ello se debe a que la fórmula que adoptó tras la ley N° 15.078 de 18 de diciembre de 1962, aun cuando no se encuentre exenta de dudas en cuanto a su alcance, se caracteriza por restaurar la amplitud del concepto que se había diluido con la reforma al precepto a través de la ley N° 13.211⁷⁰.

En segundo lugar, el concepto de empleado público se establece en razón del ejercicio de un cargo o función pública. Su naturaleza funcional es una característica esencial que ha sido sostenida por diversos autores a lo largo de la vigencia de este artículo⁷¹ y su examen permite dilucidar quién puede ser considerado empleado público⁷². Por ello es que la conceptualización de lo que se entiende por “*función pública*” resulta sumamente relevante en la materia, más aún teniendo en cuenta que la última reforma incluyó dicho concepto, pero decidió no otorgar si quiera parámetros que permitiesen configurar una

⁶⁸ La norma señala que se reputará empleado “... *todo el que desempeñe a un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.*”

⁶⁹ (García Bilbao 2009, 117).

⁷⁰ Las modificaciones introducidas por la ley N° 13.211 implicó la inclusión de la expresión “*semifiscal, de administración autónoma y municipal*” para efectos de completar la definición otorgada por el Código Penal a propósito de un proyecto referente a materia previsional. En la época fue criticada porque se entendía que el texto original ya era lo suficientemente amplio como para entender incluidas las mencionadas entidades públicas. Lo anterior llevó a problemas interpretativos, ofreciendo resultados dispares en la jurisprudencia. Sobre este tema, véase (García Bilbao 2009, 114-116) y (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 121-122).

⁷¹ Véase (Etcheberry 2010, 205) y (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 125).

⁷² Así lo ha señalado la Corte Suprema. En fallo de fecha 19 de mayo de 2008, rol N° 2321-2007, el tribunal señaló que “*al ser pasibles de cometer delitos ministeriales no sólo las personas que ocupan un cargo público, sea de planta o a contrata, sino también aquellas que adscriben a una ‘función pública’, la condición de potenciales sujetos activos de esta categoría de ilícitos se ha ensanchado ostensiblemente, para encerrar en la noción correspondiente a todos los que cumplen tareas en el sector público [...] con el solo requisito de prestar servicios en un órgano del Estado, aun ajeno al Poder Ejecutivo.*” El mismo razonamiento ha seguido la jurisprudencia nacional, entre los que se puede destacar 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de enero de 2010, RIT 215-2009, RUC 0801180575-3; y Juzgado de Garantía de Rancagua, 14 de diciembre de 2009, RIT 71-2009, RUC 0700687800-2.

definición adecuada. Al respecto, la discusión tanto en la dogmática nacional como extranjera ha sido variada según la concepción que desee emplearse, pero en nuestro país existe un cierto consenso respecto a que la Convención Interamericana contra la Corrupción, firmado por Chile el 29 de marzo de 1996, ofrece una definición que resulta coherente con nuestro código punitivo y lo dicho por nuestra jurisprudencia, al definirla como *“toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades en cualquiera de los niveles jerárquicos”*⁷³. En consecuencia, se deduce que lo relevante es que el sujeto activo del artículo 249 del Código Penal chileno represente los intereses propios de la Administración como estructura orgánica pues, si decide ejercer su cargo en función de intereses distintos a los descritos, se entiende que toda conducta ejecutada bajo el alero de la desviada representación sería susceptible de afectar el bien jurídico protegido.

Por último, cabe destacar que el concepto penal de empleado público difiere del concepto administrativo. Mientras en materia penal gran parte de la dogmática se ha encargado de equiparar al empleado público y al funcionario público, en materia administrativa resulta imposible, pues se ha sostenido que el concepto de funcionario es más limitado que el de empleado, así como también se acepta que ambos realizan labores distintas, pues mientras los primeros realizan tareas de autoridad, a los segundos se asocian tareas de ejecución. De esta manera, puede ocurrir que para el Derecho Penal existen sujetos que sean considerados como empleado público que, en el Derecho Administrativo, no lo sean, como el Presidente de la República o parlamentarios. En este apartado, considero que debe existir una interpretación armónica entre los preceptos de tal manera que, para efectos penales, se permita concluir que ambas expresiones son equiparables⁷⁴, razón por la cual en esta investigación se utilizan como sinónimos.

⁷³ Para una resumida referencia al respecto, se aconseja consultar (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 124-126).

⁷⁴ Así lo ha afirmado la doctrina nacional, al señalar que *“empleado”* y *“funcionario”*, para efectos penales, deben ser considerados un mismo concepto. Véase (García Bilbao 2009, 113).

3.2. Problemas de autoría y participación. La comunicabilidad de la calidad especial del sujeto activo en relación a la intervención de terceros.

El artículo 249, al exigir que el sujeto activo ostente la calidad especial definida en el artículo 260 del Código Penal, es susceptible de generar problemas de autoría y participación respecto de aquellos sujetos que no reúnan los requisitos suficientes para ser considerados como funcionarios públicos. En el caso en concreto, es posible reconocer dos situaciones donde un extraño pueda intervenir en el ilícito y adquirir la calidad de *extraneus*: primero, el *extraneus* que sirve como nexo o intermediación a petición del funcionario público que solicita o acepta un beneficio económico para la comisión de un delito funcionario; y el *extraneus* que, en calidad de tercero, teniendo conocimiento del asunto y prestando su consentimiento⁷⁵, recibe el beneficio económico obtenido por el funcionario público que lo solicitó o aceptó para cometer el delito funcionario respectivo.

Si bien la dogmática nacional ha desarrollado y adoptado diversas posiciones sobre la materia, la doctrina mayoritaria tradicional en nuestro país es aquella que distingue entre *delitos especiales propios* y *delitos especiales impropios* según, respectivamente, si la calidad especial exigida determina la ilicitud y, en consecuencia, su ausencia arrojaría como resultado un hecho atípico o la comunicabilidad de la calidad especial, según se estime⁷⁶; o si solo es determinante para atenuar o agravar la responsabilidad, de tal manera que existe un tipo penal común que puede ser cometido por cualquier persona⁷⁷. De su sola lectura aflora una consecuencia importante: la clasificación de un delito en concreto en alguna de las categorías importa dos formas de imputación de responsabilidad completamente opuestas.

Si tenemos en cuenta que el delito de cohecho en general, y el artículo 249 en particular, es una figura típica fundada en la calidad especial del sujeto activo; y, por otro lado, que

⁷⁵ Considero que es necesario que el *extraneus* tenga conocimiento sobre el hecho y preste su consentimiento respecto del beneficio económico para sí, pues de lo contrario resulta ilógico imputarle responsabilidad alguna.

⁷⁶ Para efectos de la presente investigación, y en el entendido que la clasificación tiene como finalidad resolver la situación de autoría y participación en el caso de los delitos especiales propios que declara su impunidad ante la ausencia de una figura común.

⁷⁷ Al respecto, véase (Etcheberry 2010, 207-209) y (Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2017, 609-612). De la misma forma, es someramente desarrollada por (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 127-131).

no existe un delito residual que permita imputar responsabilidad al particular partícipe de los hechos en función de dicha figura común, no es posible sostener que estamos frente a un delito especial impropio. Calificando la figura agravada del artículo 249 del Código Penal chileno como un delito especial propio, la aplicación de la presente posición arrojaría resultados que es necesario sistematizar:

- (1) En el caso del *extraneus* que sirve como nexa o intermediación a petición del funcionario público que solicita o acepta un beneficio económico para la comisión de un delito funcionario, la calidad se comunica y el particular sería responsable en calidad de autor en la medida que tenga el dominio sobre el hecho.
- (2) En el caso del *extraneus* que, en calidad de tercero, teniendo conocimiento de los hechos y prestando su consentimiento, recibe el beneficio económico obtenido por el funcionario público que lo solicitó o aceptó para cometer el delito funcionario respectivo, es necesario distinguir, pues por regla general, de ser un particular, sería responsable en calidad de encubridor material, pero es posible que pueda inducir el actuar del funcionario público, caso en el cual sería responsable a título de inductor.

Las críticas valorativas que ha recibido esta solución⁷⁸ han permitido que, aunque no de forma concluyente, la doctrina de los delitos de infracción de deber en relación a la intervención del *extraneus* ha cobrado cierta relevancia en nuestro país⁷⁹. A propósito de las categorías de delitos que Claus Roxin identificó en atención a la forma de investigar quién es el autor del hecho, la distinción entre los delitos especiales se vio potencialmente amenazada en función del nacimiento de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikten*)⁸⁰. Corrompiendo la determinación de la autoría en relación al dominio del hecho del interviniente, este tipo de delitos legitiman el castigo a causa del incumplimiento de las prestaciones ligadas a un determinado rol social⁸¹, estableciendo la existencia de un

⁷⁸ El desarrollo de las mismas excede la finalidad de la presente investigación. Para tales efectos, véase (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 129-131) y (Balmaceda Hoyos 2012, 69-70).

⁷⁹ Un especial desarrollo sobre el tema en nuestro país puede ser consultado en (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 133 y ss) y (Balmaceda Hoyos 2012, 72).

⁸⁰ (Roxin 2000, 387).

⁸¹ (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 107).

deber especial que vincula al destinatario de la norma en atención a su propia capacidad de acción⁸². De esta manera, existe un “portador de un deber” que se encuentra obligado a no infringirlo, por lo que su sanción depende de su incumplimiento con independencia de la forma en la que realizó la conducta o del dominio que tuvo el portador sobre el hecho.

Su análisis en esta investigación es contingente, pues en nuestro país, al menos en términos doctrinarios, ha sido de utilidad en atención a que los empleados públicos precisamente se encuentran obligados al respeto de deberes de carácter especial que son intrínsecos a su calidad como sujetos activos de los delitos que contempla el Código Penal. Así, los delitos funcionarios se han constituido como un tópico de experimentación en el cual la doctrina de los delitos de infracción ha sido aplicada⁸³, por lo que merece ser examinada en función de la hipótesis de cohecho que justifica esta investigación.

En el particular, el empleado público se encuentra obligado a proteger un deber jurídico-público⁸⁴ asociado a su conexión con la administración pública y, como obligado, el castigo solo puede encontrar justificación en el hecho que el empleado lesione dicho deber⁸⁵. En términos simples, el funcionario público que solicite o acepte un beneficio económico o de otra naturaleza para cometer un delito funcionario debe ser sancionado únicamente como autor. Pero, por otro lado, el particular que actúe en cualquiera de las dos hipótesis no se constituye como portador o titular del deber descrito y, por tanto, la realización de una conducta típica que se adecúe a una forma de autoría o participación al tenor del artículo 249 del Código Penal chileno no irroga una infracción de un deber, pues jamás se encontró obligado a respetarlo. Ante esta situación, el *extraneus* en las dos hipótesis desarrolladas en los párrafos anteriores podría encontrarse en dos posibilidades:

- (1) Debido a que sobre él no recae obligación de protección o garantía respecto del deber descrito, no sería posible imputar responsabilidad para el interviniente por excluir toda posibilidad de participación.

⁸² (Kindhäuser 2011, 45).

⁸³ (Matus Acuña y Ramírez Guzmán 2017, 610). Los autores, no obstante hacer mención de la idea, adoptan una posición crítica respecto a su aplicación en nuestro país.

⁸⁴ (Balmaceda Hoyos 2012, 53).

⁸⁵ (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 133-134).

(2) Sin perjuicio de la posición anterior, existen partidarios de esta teoría que aseguran que, a pesar de la imposibilidad de imputar responsabilidad en calidad de autor, si se considera que el *extraneus* puede colaborar en la lesión de la institución, por lo que podría imputarse responsabilidad de manera atenuada, pero siempre como una forma de participación de un hecho ajeno y jamás como autor⁸⁶. Sin embargo, en nuestro país no constituye una posición mayoritaria y suele ser criticada⁸⁷.

En conclusión, considero que es necesario realizar una distinción. La doctrina de los delitos de infracción de deberes es de conveniente aplicación, pero es necesario abordar ciertos problemas sobre la materia, particularmente respecto de la impunidad del *extraneus* en atención a que su comportamiento lesiona el bien jurídico protegido y, en consecuencia, merece una sanción. Para ello sería necesario adoptar tipos penales específicos que cubran las circunstancias de participación especialmente de particulares que no son cubiertas por el artículo 250 del Código Penal chileno. Por ende, para efectos prácticos, y mientras la doctrina de infracción de deberes no encuentre la manera en la que resulte plena y pacíficamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico y en el órgano adjudicador, es del todo responsable asumir que las respuestas ofrecidas por la teoría tradicional de la comunicabilidad son soluciones aceptadas por la mayoría.

4. La conducta típica y el acto del funcionario como finalidad de la conducta típica.

Todos los estudios sobre la materia consultados tratan la conducta típica y el acto del funcionario (es decir, la comisión de uno de los delitos funcionarios) de manera separada. Sin embargo, en publicaciones españolas ambos tópicos son tratados de manera unitaria bajo la noción de “acción”⁸⁸, pues es una manera orgánica de referirse al curso de actos que el funcionario público desencadena a propósito de la comisión del ilícito. En razón de

⁸⁶ Véase (Ossandón Widow 2012, 76 y ss) y (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 137). Asimismo, una somera revisión de sus adeptos se puede ver en (Balmaceda Hoyos 2012, 69 y 70).

⁸⁷ (Balmaceda Hoyos 2012, 76). Sobre el tema, el autor sostiene que existe “*un relevante sector de la doctrina chilena y comparada que no la reconoce o que -al menos- no ha realizado un análisis acabado de sus implicancias*”. A su vez, y si bien existe acuerdo en nuestro país respecto a la imposibilidad de sancionar al *extraneus* en calidad de autor, “*tal acuerdo no existe en cuanto a la pregunta de si es posible sancionar al extraneus a título de mero partícipe*”

⁸⁸ A modo de ejemplo, véase (Queralt Jiménez 2002, 1211 y ss).

lo dicho, y teniendo en cuenta el apartado de problemas que se verá a continuación que mezcla ambos temas, se seguirá dicha estructura.

4.1. El verbo rector.

La modalidad de cohecho que fundamenta el presente trabajo exige, como comportamiento típico, que el empleado público *solicite* o *acepte* un beneficio económico o de otra naturaleza, sea para sí o para un tercero, para cometer alguno de los delitos previstos en el Título V o en el párrafo 4 del Título III del Libro Segundo del Código Penal chileno.

Al igual que en los artículos que la preceden, esta figura agravada posee dos verbos rectores que denotan que la posibilidad de comisión se diversifica, pudiendo concurrir a través de dos modalidades. El primero de ellos es “*solicitar*”, y más allá del sentido natural y obvio de la expresión⁸⁹, implica una manifiesta iniciativa del empleado público que denota la intención o voluntad de transgredir los intereses representados sobre los cuales fue llamado a tutelar a través de la petición de un beneficio para efectos de cometer el consecuente delito funcionario. Situación distinta supone el acto de “*aceptar*”⁹⁰, pues más bien implica un acto que, a diferencia del primer verbo rector, forma parte de una consecución de actuaciones que no fue iniciada por el empleado público, sino que su manifestación de voluntad es precedida por el ofrecimiento de un beneficio para que el funcionario, en caso de consentir en la propuesta, cometa el delito funcionario en particular.

Sobre los verbos rectores descritos, considero prudente realizar las siguientes observaciones:

- (1) En el caso de *aceptar* el beneficio económico, del tenor literal de la norma no se desprende que el contenido del mismo sea entregado en el acto, pues puede ocurrir

⁸⁹ Conforme a la última edición del Diccionario de la Lengua Española, en su primera acepción, significa “*pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado*”.

⁹⁰ Conforme a la última edición del Diccionario de la Lengua Española, en su primera acepción, significa “*recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga*”; y, en su segunda acepción, significa “*aprobar, dar por bueno, acceder a algo*”.

que su entrega sea diferida a lo largo de un período de tiempo, como podría suceder en el caso que ambos acuerden el pago de una cierta suma de dinero parcelado en cuotas o porciones. Lo anterior genera un problema en nuestro país, pues existen dudas respecto a nuestra regulación en el entendido que si bien el cohecho, desde la reforma de la ley N° 19.645, se abstrajo de la bilateralidad que históricamente lo acechaba, se sostiene que aún existe una exigencia implícita en la ley: esto es, que el beneficio indebido sea una contraprestación de una actividad funcional constatable, sea pasada o futura⁹¹. Lo normal es que el beneficio se entere, a lo menos parcialmente, antes que el funcionario público efectivamente cometa el delito funcionario como consecuencia de la aceptación del beneficio, lo que no es problema teniendo en consideración que el artículo 249 regula la hipótesis que la doctrina ha denominado como cohecho *antecedente*⁹². Sin embargo, en una situación en que el beneficio debe enterarse con posterioridad a la comisión del acto delictivo (es decir, del delito funcionario) se entiende que la hipótesis de cohecho fue cometida de manera *subsiguiente*, lo que traería aparejado un resultado atípico.

Para una mejor comprensión de este punto suponga el siguiente ejemplo: un funcionario público de una determinada municipalidad de nuestro país acepta una oferta de dinero de un particular para que el primero cometa el delito de infidelidad en la custodia de documentos abriendo, sin la autorización competente, cierto documento cerrado sobre el cual le fue conferida su custodia (según lo tipificado en el artículo 244 del Código Penal). La condición es que el pago de la suma de dinero será parcelado en seis cuotas mensuales que deben ser pagadas en la cuenta personal del funcionario público. Teniendo en consideración el requisito implícito que la ley establece (esto es, que el acto delictivo sea una contraprestación del

⁹¹ El punto será tratado en párrafos posteriores.

⁹² El cohecho *antecedente* es aquel en que “*el beneficio económico se solicita, ofrece, acepta o consiente en dar para la ejecución de un acto futuro por parte del empleado público*”, a diferencia de su modalidad *subsiguiente*, en el que “*el beneficio económico se solicita, ofrece, acepta o consiente en dar como recompensa por un acto ya realizado por el funcionario.*” Siguiendo un gran número de autores españoles, la opinión es conteste en que la clasificación resulta plenamente aplicable a nuestro país. Véase, entre otros, (Oliver Calderón 2004, 89); (Balmaceda Hoyos 2014, 634); y (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 331-332).

beneficio indebido) si la primera cuota se pagase tiempo después de la comisión del delito de infidelidad en la custodia de documentos, no sería posible constatar que existió un beneficio indebido a cambio del delito y, aún en el caso que eso pudiese constatarse, podría entenderse que la situación se enmarca en la forma de cohecho *subsiguiente*, hipótesis que no se encuentra tipificada por el artículo 249 del Código Penal chileno.

- (2) El tipo penal no exige que la solicitud o aceptación sea realizada de manera expresa, sino que es ampliamente aceptado el hecho que basta cualquier comportamiento cuya interpretación arroje como indiscutible resultado la manifestación de voluntad de solicitar o consentir, según corresponda⁹³.
- (3) En el Código Penal español se considera expresamente que el comportamiento típico puede ser ejecutado personalmente o por persona interpuesta⁹⁴. Nuestra dogmática no ha tratado esta posibilidad respecto de nuestro delito de cohecho, pero es del todo posible asumir que puede ocurrir un caso en que un funcionario público o particular pueda actuar a nombre o representación del funcionario público que posee el control sobre la situación, tal como se aseguró anteriormente. En el primer caso, el funcionario público respondería como coautor conforme al artículo 249 del Código Penal; y, en caso del particular, éste responderá conforme a lo señalado previamente respecto a la comunicabilidad de la calidad especial.

⁹³ En España (Casas Barquero 1978, 216), pensamiento que se mantuvo inmutable, tal como consta en (Queralt Jiménez 2002, 1211). La idea no ha sido controvertida en nuestro país, según consta en (Oliver Calderón 2004, 96).

⁹⁴ En efecto, el actual Código Penal español, en su artículo 419, prescribe que *“la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución [...]”*. La mención expresa es fruto de las reformas que ha sufrido el cuerpo normativo, pero en versiones anteriores, a pesar de no constatar dicha expresión para ciertas modalidades de cohecho, se entendía que no existía razón suficiente para negar la posibilidad que la solicitud o aceptación fuera realizada por persona interpuesta. Al respecto, véase (Queralt Jiménez 2002, 1211). Por lo demás, fue una idea con plena aceptación en la jurisprudencia, tal como se demuestra en STS 8687/2001 de fecha 7 de noviembre de 2001 y STS 630/1982 de fecha 30 de junio de 1982.

4.2. La finalidad: el acto corrupto delictivo.

De la lectura del precepto queda claro que la finalidad perseguida tras la realización de la conducta típica es la comisión de un delito funcionario previsto en el Título V o en el párrafo 4 del Título III del Libro II del Código Penal chileno.

Sobre el particular, cabe precisar dos cuestiones. La primera dice relación a que la reforma de finales del siglo pasado precisó aún más cuáles son los actos que el funcionario debiese realizar en función de la solicitud o aceptación de la ventaja indebida, pues el antiguo artículo 248 (que, como se recordará, contenía la hipótesis que cubre nuestro vigente artículo 249) solo limitaba la posibilidad del delito funcionario cometido a los que se encontraban en el mismo título que el cohecho, cuestión que se amplió luego de la reforma incluyendo los del párrafo 4 del Título III del Código Penal chileno. Dicha decisión es correcta, pues de lo contrario quedarían excluidos un importante número de delitos cuyo sujeto activo es el empleado público.

Pero la segunda precisión dice relación con lo anteriormente dicho. El Código Penal considera otros delitos donde el sujeto activo es el empleado público, pero que se encuentran fuera de los Títulos que la misma norma ordena a considerar. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 193 y siguientes respecto de la falsificación de documentos públicos o auténticos, que no se encontrarían considerados dentro del tipo. Suponga el siguiente ejemplo: un notario público solicita a un particular la consumación de un acto sexual y, a cambio, el funcionario falsificará la firma en un contrato determinado que beneficia al particular. En tal caso, es evidente que se cumplen los presupuestos del artículo 249, pero el acto funcionario es un delito que se encuentra fuera de los que la misma norma señala que deberían concurrir, pues se ubica en el párrafo 4 del Título IV del Código Penal.

Considero que, si entendemos que la finalidad práctica tras el artículo 249 del Código Penal es evitar que el funcionario cometa un delito funcionario a través de la solicitud o aceptación de un beneficio indebido, no es lógico que algunos delitos funcionarios queden fuera del presupuesto de la norma. Por ende, y si una situación como el ejemplo anteriormente mencionado ocurriese, para evitar el resultado atípico tendría que

circunscribirse la comisión del delito como un acto en el cual se infringió los deberes propios del cargo para que el cohecho pueda recibir sanción bajo la hipótesis del artículo 248 bis.

4.3. Problemas relativos a la conducta típica y a la finalidad del ilícito.

4.3.1. Resultado atípico ante la concurrencia de la hipótesis del cohecho subsiguiente.

La aplicación de la clasificación que distingue entre el cohecho antecedente y el subsiguiente encuentra su razón en el hecho que en gran parte de las hipótesis de cohecho de nuestro Código Penal se contempla la entrega de un beneficio económico o de otra naturaleza tanto para la ejecución o por haber ejecutado la finalidad exigida para cada una de ellas⁹⁵.

Sin embargo, el artículo 249 solo contempla el caso que se solicite o acepte un beneficio económico o de otra naturaleza *para cometer* un delito funcionario, obviando la posibilidad de solicitarlo o aceptarlo por el hecho de *haber cometido* el mismo tipo de delito. La situación no sería un problema si no fuese porque el resto de las modalidades que contempla nuestro Código Penal no sancionaran la fórmula subsiguiente, pero como ello efectivamente ocurre se genera un notorio contrasentido. Para nuestro legislador es más grave, y consecuentemente merecedora de sanción, aquella conducta del funcionario que solicita o acepta un beneficio indebido por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalado derechos (al tenor de lo dispuesto en el artículo 248) o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo (conforme al artículo 248 bis) y deja sin sanción la conducta del mismo funcionario que solicita o acepta un beneficio indebido *por haber cometido* un delito funcionario. En términos simples, y considerando que el artículo 249

⁹⁵ En efecto, el artículo 248, en su inciso segundo, señala que “*El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico o de otra naturaleza [...] para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio del cargo [...]*”. Por otro lado, el artículo 248bis señala que “*El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza [...] 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 [...]*”. Además, el artículo 250 sanciona al particular que diere, ofreciere o considere en dar un beneficio a un empleado público en razón de las conductas anteriormente subrayadas.

contiene la figura más grave de cohecho pasivo, no existen razones para sostener que en esta figura no sea necesario tipificar un supuesto de cohecho subsiguiente, pero si, en las figuras menos graves, su tipificación encuentre cabida. La consecuencia de este problema es que, de concurrir dicha hipótesis, el resultado sería atípico, a menos que, en el caso en particular, el delito ministerial pueda subsumirse en la infracción a los deberes del cargo o como una omisión de un acto debido propio de su cargo, caso en el cual se sancionaría bajo la modalidad del artículo 248 bis⁹⁶.

Es necesario recordar que, tal como se mencionó en el Capítulo I de esta investigación, la ley que asentó la actual redacción del artículo 249 contemplaba hacerse cargo de esta problemática, cuestión que, al parecer, no ocurrió en razón del interés que existía por parte de los parlamentarios sobre aumentar la pena de la modalidad, lo que diluyó la modificación entre la discusión.

En el entendido que la finalidad de la solicitud o aceptación es la realización de un acto delictivo, considerado como la modalidad de cohecho más grave⁹⁷, la aceptación de un resultado atípico resulta una solución totalmente insatisfactoria.

4.3.2. Exigencia del acto funcionario como contraprestación del beneficio económico o de otra naturaleza.

Con posterioridad a la importante reforma de finales del siglo pasado que supuso una reestructuración de la regulación del cohecho en nuestro país, la dogmática nacional precisó en el carácter unilateral del delito en función de la separación que nuestro Código Penal realizó para sancionar al empleado público y al particular como cohecho y soborno, respectivamente. Sin embargo, de la sola lectura de las fórmulas seleccionadas es posible concluir que, en su generalidad, se exige que la solicitud o aceptación del beneficio por parte del funcionario público se establezca como contraprestación, a lo menos potencial, del acuerdo ilícito que concurre entre los agentes, de tal manera que uno de ellos realice el acto funcionario que la norma exige en función de la contraprestación que el segundo

⁹⁶ Sobre esta posibilidad, véase (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 344-345).

⁹⁷ (Queralt Jiménez 2002, 1215) Ello es lógico pues “ninguna autoridad o funcionario son competentes para la comisión de delitos [...]”

agente se comprometió a realizar, a saber, el beneficio económico o de otra naturaleza. Ello no pone en duda la unilateralidad del delito, sino que solo hace hincapié en el hecho que, con su actual redacción, se entiende que el actuar del funcionario solo adquiere relevancia si existe una “contraparte” potencial⁹⁸. En términos concretos, el empleado público que solicita o acepta un beneficio para cometer un delito funcional merece sanción siempre y cuando exista una relación de contraprestación entre el beneficio indebido realizado por un interviniente (que será sancionado por el artículo 250) y el delito ministerial que cometerá el funcionario público. Dicha lectura genera dos consecuencias que es necesario exponer:

- (1) La primera es que genera problemas en materia probatoria, puesto que para sustentar una teoría del caso sobre la concurrencia del artículo 249 sería necesario no solo probar la manifestación de voluntad del funcionario y la procedencia de un beneficio, sino que éste último representa, a lo menos potencialmente, una retribución o contraprestación de las actuaciones concretas por parte del funcionario. Ello configuraría un estándar probatorio relativamente exagerado para analizar la concurrencia del delito de cohecho⁹⁹.
- (2) Relacionado con lo anterior, existen problemas al momento de determinar la alteración al bien jurídico protegido. Tal como fue definido en apartados anteriores, el aspecto del correcto funcionamiento de la administración que se tutela tras el delito de cohecho es el principio de imparcialidad, de tal manera que se evite la proliferación de ventajas indebidas entre quienes acceden al ejercicio de la función pública. Me parece coherente sostener que la infracción al principio de

⁹⁸ El profesor Héctor Hernández Basualto es probablemente quien ha desarrollado con mayor ahínco este tópico, sobre el cual escribió un artículo que originalmente sería publicado, pero que finalmente no vio la luz. Sin embargo, algunas de sus ideas fueron vertidas en el último proyecto de ley tratado en el Capítulo I de la presente investigación. En efecto, en el informe de la Comisión Mixta de 22 de octubre del 2018, relativo a la discusión que existió sobre las modificaciones que proponía la actual ley N° 21.121, el experto señaló que *“en nuestro derecho, el acto de servicio funcionario que comete cohecho siempre es la contraprestación de la dádiva que se solicita o se recibe y, por ello, si no se puede establecer que un determinado acto de servicio es la causal actual o potencial del soborno que recibe el funcionario -por cuantioso que sea-, el delito no se tiene por acreditado.”*

⁹⁹ Asimismo, en la instancia recién mencionada, el profesor Héctor Hernández aseguró que, dentro de los problemas actuales relacionados con la materia, el *“exagerado estándar probatorio que exigen nuestros tribunales para apreciar el delito”* es sin duda uno de los más importantes que merece ser discutido.

imparcialidad se produce en el momento en que el funcionario público solicita o acepta el beneficio económico o de otra naturaleza, pues es en ese punto donde se manifiesta y se consume el interés del sujeto activo de transgredir la administración. En los términos del artículo 249, y a modo de ejemplo, para corroborar una infracción al aspecto tutelado no bastaría con probar la manifestación de voluntad del funcionario municipal que solicitó una suma de dinero a un particular para falsificar un cierto número de documentos, ni tampoco con probar que el particular haya realizado dicho pago, sino que la alteración se completaría solo si se comprueba que la falsificación de documentos fue realizada por el respectivo funcionario en función de tal pago. En mi opinión, lo anterior supone anteponer una exigencia excesivamente alta y supondría que, a pesar de existir actos cuya reiteración pondría en peligro la estructura orgánica del Estado, de no concurrir prueba respecto de los elementos mencionados, se generaría la paradoja que reales situaciones fácticas, cuya acumulación alterarían el bien jurídico protegido, quedarían impunes.

En nuestra dogmática penal no existió un ánimo enfático y acentuado de corregir una situación como la descrita. Un grupo de diputados presentó, con fecha 9 de mayo de 2018, un proyecto de ley (Boletín N° 11-727-07) que buscaba, de manera exclusiva, acabar con esta exigencia inconveniente a través de una modificación del texto de todas las hipótesis de cohecho¹⁰⁰ que supone anteponer la expresión “*por el solo hecho de*” a los verbos rectores del artículo 248, 248 bis y 249 del Código Penal.

No obstante, la Ley 21.121 concretó una alternativa para la persecución efectiva de dichas conductas, solventando los problemas probatorios que presentan las figuras del cohecho.

¹⁰⁰ Los redactores señalan que “*si bien la actual pena asignada al delito parece razonable, señalamos enfáticamente que su actual tipificación no resulta suficiente desde el punto de vista conceptual para combatir los casos de desviación del interés público*”. Ello es así porque el cohecho “[...] enfrenta un problema práctico pues según la interpretación dominante de los jueces no basta con probar el hecho de recibir dineros o especies sino que debe demostrarse que por dicho enriquecimiento se realizó una acción u omisión motivada por recibir algún beneficio particular”. Su análisis respecto del problema se encuentra dotado de una crudeza tal que afirman que, en nuestro país, “*todos saben que es prácticamente imposible ser condenado por el delito de cohecho, lo que nos obliga como Estado a generar una norma eficiente que cumpla con el propósito de desincentivar la comisión de hechos de corrupción en el seno de nuestras instituciones públicas*”

La inclusión de una nueva figura típica, presente en el artículo 248 inciso primero del Código Penal, prescinde -a lo menos en un plano teórico- de la correlatividad entre la ventaja indebida y la realización de un servicio funcional, siendo punibles todas aquellas hipótesis en las que el funcionario público, en razón de su cargo, percibe un beneficio indebido al que no tiene derecho alguno. Como figura de peligro abstracto que adelanta la punibilidad a la “fase inicial de tanteo”¹⁰¹, se presenta como una figura típica residual respecto de las modalidades de cohecho que, sin perjuicio de ofrecer una ventaja en términos teóricos, no es posible asegurar la solución del problema debido a su escaso estudio y aplicación. Será la doctrina y la jurisprudencia quienes califiquen el espectro de aplicación de la nueva norma citada.

5. El beneficio indebido.

5.1. Contenido y alcance del beneficio indebido¹⁰².

El artículo 249 del Código Penal chileno utiliza la expresión “*beneficio económico o de otra naturaleza*” para calificar la contraprestación que debe solicitar o recibir el funcionario público para cometer uno de los delitos funcionarios que conforman el mismo cuerpo punitivo mencionado. Por ende, el contenido de la ventaja puede ser tanto de naturaleza económica como de una diversa a ésta.

Sobre el contenido de la ventaja es necesario distinguir. En relación al beneficio económico, dicho concepto se adoptó en reemplazo de las antiguas expresiones que se asociaban al cohecho con anterioridad a la reforma realizada por la ley N° 19.645, esto es, “*dádiva*” y “*promesa*”. La interpretación histórica de las dos últimas expresiones era bastante amplia, a través de la cual no solo se incluían cuestiones pecuniarias, sino también de otra naturaleza¹⁰³; aunque otros autores calificaban el concepto de manera distinta, sosteniendo que es irrelevante la forma que adoptase la dádiva, sino que lo

¹⁰¹ (Blanco Cordero 2015, 6).

¹⁰² Fue la ley N° 21.121 la que recientemente amplió el concepto hacia otros beneficios más allá de lo económico, y esa es la razón por la cual he decidido englobar ambas hipótesis tras la expresión “*beneficio indebido*”.

¹⁰³ En referencia a diversos autores españoles, véase (Oliver Calderón 2004, 97).

importante es que la ventaja fuese económicamente valorable¹⁰⁴. En nuestro país, dicha interpretación acabó a favor de la vertiente restringida, en donde la noción de “*beneficio económico*” dejó relativamente claro que se refiere a una ventaja de orden patrimonial¹⁰⁵. En consecuencia, no es necesario que ella se manifieste en una suma de dinero, sino que podría adoptar una diversidad de formas que tengan contenido patrimonial, tales como la donación de un bien o un cuantioso regalo, la condonación de una deuda, el arrendamiento de un inmueble, entre otros.

Respecto al beneficio de una naturaleza distinta, es evidente que la dogmática no se ha pronunciado al respecto debido a su reciente inclusión. Sin embargo, dicha afirmación es parcialmente errada, puesto que es menester recordar que el artículo 251 bis del Código Penal, que regula el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, ya incluía esta expresión. Por ende, es sostenible concluir que uno de los puntos favorables de la reforma realizada por la ley N° 21.121 radica en la armonización de sus normas internas al momento de equiparar el concepto de beneficio indebido para todas las hipótesis de cohecho. Sobre el tema, es lógico afirmar que en la expresión se incluiría cualquier otra ventaja que no sea posible graduar en términos patrimoniales.¹⁰⁶ A lo largo de la discusión parlamentaria se citaron ejemplos, entre los que destacan los beneficios sexuales o pago de favores honoríficos.

En cuanto al alcance del beneficio indebido, debemos destacar que debe ser la contraprestación a lo menos potencial del delito funcionario cometido por el funcionario público, por lo que cualquier ventaja que tenga por objeto otra finalidad diversa a la mencionada puede ser impune (en el caso que no se pruebe que existe el lazo de contraprestación) o, en caso que el actuación del funcionario sea diversa, puede que se encasille dentro de una figura típica distinta, siendo las opciones el artículo 248 y 249 del

¹⁰⁴ En España, véase (Queralt Jiménez 2002, 1211); (Serrano Gomez y Rodriguez Devesa 1995, 1172) y (Ortiz de Urbina Gimeno 2001, 317). En Argentina, Chile y gran parte de Latinoamérica la tendencia era similar. Para ello, véase (Villada 1990, 322 y ss).

¹⁰⁵ Véase (Oliver Calderón 2004, 97); (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 332) y (Balmaceda Hoyos 2014, 635).

¹⁰⁶ En algunos proyectos impulsados con anterioridad, así como también en la doctrina española, se ha utilizado la expresión “*cosa apetecible*” para definir cualquier otra ventaja de diversa naturaleza.

Código Penal chileno. Además, no es necesario que la ventaja se incorpore al patrimonio del funcionario público, puesto que la misma puede ser a beneficio propio o a favor de un tercero¹⁰⁷.

5.2. Cuantía del beneficio indebido y posibilidad de aplicación del criterio de adecuación social.

Resulta evidente que la cuantía del beneficio solo adquiere sentido en relación a aquellas que tengan contenido patrimonial.

En nuestra legislación, no han existido criterios normativos que permitan delimitar un baremo sobre el cual pueda analizarse desde qué punto la cuantía adquiere relevancia para efectos de configurar el delito de cohecho. Al respecto, tradicionalmente han existido dos posiciones en pugna: por un lado, se encuentran aquellos que aseguran que el monto del beneficio es completamente irrelevante¹⁰⁸; y, por el otro, aquellos que señalan que no puede apreciarse un delito de cohecho frente a ventajas de valor insignificante¹⁰⁹. Es en este punto donde el criterio de adecuación social puede resultar aplicable.

En nuestro país, se ha aceptado la aplicación de este criterio ante comportamientos que socialmente son aceptados o tolerados¹¹⁰, reconociendo situaciones de atipicidad frente a actos sumamente concretos y precisos. Ahora bien, respecto del artículo 249 se ha señalado expresamente que no procedería aplicar la adecuación social ante beneficios insignificantes, pues lo impide la finalidad que debe tener la solicitud o aceptación del

¹⁰⁷ Incluso si la normativa no especificase que la ventaja puede ser a beneficio del funcionario público que actuó en el ilícito o de un tercero, la doctrina y jurisprudencia española, que inspiró nuestra legislación en la materia, lograba llegar a la misma conclusión. Véase (Ortíz de Urbina Gimeno 2001, 318) y (Queralt Jiménez 2002, 1215-1216).

¹⁰⁸ (Gimeno Lahoz y Corbella Herreros 1998, 77).

¹⁰⁹ (Casas Barquero 1978, 243). Más recientemente, (Asua Batarrita 1997, 163). *“No se especifica la cuantía de la dádiva, por lo que habrá que exigir que la misma tenga al menos una cierta capacidad objetiva de corromper atendiendo a las circunstancias del caso, excluyendo del delito los supuestos de dádivas claramente insignificantes”*.

¹¹⁰ Gran parte de la doctrina nacional es conteste en esta conclusión. Solo a modo de referencia, véase (Balmaceda Hoyos 2014, 635); (Oliver Calderón 2004, 98) y (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 335-336). Ello es así porque el artículo 64 N° 5 de la ley N° 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado así lo aplica en materia administrativa, no existiendo razones para sostener que la misma pauta o criterio sea aplicable en sede penal.

beneficio económico¹¹¹. En el entendido que ningún funcionario público se encuentra autorizado para cometer delitos, resulta irrisorio sostener que, aún cuando la cuantía de la ventaja sea insignificante, ésta tenga la potencialidad suficiente para extraer de responsabilidad al empleado¹¹².

Es posible preguntarse si el criterio de adecuación social aplicaría, en el resto de las hipótesis de cohecho distintas a la del artículo 249 del Código Penal, en los casos donde el beneficio no es de naturaleza económica. Sobre el particular, no cabe duda que, respecto a la figura objeto de esta investigación, la regla es su improcedencia por las mismas razones esgrimidas anteriormente. Sin embargo, y respecto al resto de las modalidades, considero que es posible imaginar un grupo de hipótesis en las cuales su aplicabilidad podría ser pensada, lo que debería ser analizado caso a caso. Piénsese, por ejemplo, en circunstancias sociales que son sociablemente tolerables tales como algún honor de poca relevancia, como sería el caso de obtener una carta de recomendación, un puntaje favorable en una encuesta u obtener puntuaciones en un sistema de incentivos. Aun cuando este tópico exceda los objetivos de esta investigación, considero necesario desarrollar someramente el punto para efectos de exponer un interesante desafío que nace a partir de la última reforma sufrida por la regulación del cohecho en nuestro país.

¹¹¹ (Rodríguez Collao y Ossandón Widow 2011, 344).

¹¹² Cuestión distinta es analizar la efectividad de la persecución penal. Suponga el caso en que un empleado público de una municipalidad acepta, a cambio de un montón de golosinas, cometer un determinado delito funcionario que nuestro Código Penal prescribe. Es efectivo que concurren los presupuestos estrictamente necesarios para configurar la hipótesis de cohecho pasivo agravado del artículo 249, pero si se tiene en consideración las dificultades probatorias presentadas en esta misma investigación (véase el punto 4.3.2.) es probable que el órgano persecutor prefiera, para efectos de evitar dichas problemáticas, dirigir la investigación solo hacia el delito funcionario producto del cohecho. Sin embargo, dicha decisión es una cuestión meramente administrativa que depende de los criterios relativos a la efectividad de la persecución penal distintos a la adecuación social.

CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo ofreció un ordenado y sistematizado estudio del objeto de investigación ofreciendo, en primer lugar, un recorrido por los orígenes y la evolución del precepto hasta nuestros días, cuestión sumamente relevante para entender aspectos y factores que incidieron en nuestro actual entendimiento de la figura típica. Fue precedido de una exposición de los elementos del tipo objeto que no se agotó en el simple ofrecimiento de parámetros de definición de los mismos, sino que también se expuso las principales disputas teóricas y la diversidad de problemas que se presentan en los variados niveles de análisis. Asimismo, se privilegió una óptica crítica y, de proceder, se apoyó de opiniones respecto a las posibles soluciones aplicables al caso en particular. De esta manera, considero que se cumplió cabalmente con los objetivos o finalidades expuestas en un inicio, permitiendo que el artículo 249 del Código Penal chileno fuese analizado como un objeto de estudio independiente, con prescindencia de las demás hipótesis, lo que ofreció un campo de aplicación de conceptos personalizado y aterrizado a las particularidades de dicho delito, logrando que la figura agravada de cohecho adquiriese una cierta autonomía e identidad en relación al resto de las figuras.

A modo de cierre, deseo ofrecer la siguiente lista de conclusiones que, de cierta manera, sintetizan la presente investigación:

- (1) La corrupción es un fenómeno particularmente relevante en esta época, en atención a las perniciosas consecuencias que éste pudiese desatar en una estructura social. Por lo mismo, es necesario que su prevención, persecución, sanción y debida reparación de las consecuencias sea precedido y constantemente acompañado de un serio estudio que contemple una adecuada interpretación del mismo, alejada de los mitos y pretensiones fuertemente arraigados en la sociedad chilena. Por ende, resulta imperante que la doctrina nacional adopte una postura activa y responsable al momento de tratar y estudiar las diversas figuras típicas que nuestro ordenamiento jurídico contempla para efectos de combatir la corrupción.
- (2) El delito de cohecho, históricamente, se encuentra revestido de un halo de especial importancia que le permite resaltar por sobre el resto de las conductas corruptivas,

cuestión que Chile percibió a partir de la directa influencia que ejerció la legislación penal española en nuestro Código Penal. No obstante existir un número considerable de modalidades que podría adoptar el cohecho, es innegable sostener que la hipótesis más grave que un ordenamiento jurídico podría concebir es aquella en que un funcionario público, a cambio de un beneficio indebido, cometa algún acto delictivo que atente contra el correcto funcionamiento de la administración. En nuestro país, el actual artículo 249 del Código Penal chileno es el que contempla dicha figura típica y, dada su importancia, es que la norma se convirtió en el objeto de investigación.

- (3) La decisión de centrar la presente investigación en los elementos del tipo objetivo de la norma se encuentra justificada en cuatro motivos centrales: primero, en el escaso y poco profundo estudio que existe sobre el tema en nuestro país, centrando la atención en la figura básica del cohecho pasivo (artículo 248 del Código Penal) y realizando una remisión a lo dicho sobre ésta al momento de tratar la figura agravada; segundo, en la ausencia de grandes problemas a nivel subjetivo; tercero, por la casi nula importancia del análisis de las causas o motivaciones que movieron al sujeto activo a cometer el delito, importando más bien el resultado gravoso sufrido por la administración; y, finalmente, por la difícil aplicación de eximentes de responsabilidad en razón del posible desconocimiento de un funcionario público de estar cometiendo un ilícito.
- (4) El artículo recién mencionado, no obstante ser producto de un número acotado de modificaciones en más de un siglo, ha sufrido profundos cambios en lo que al tipo objetivo respecta, cuestión que no ha ocurrido con el resto de los delitos funcionarios que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Sin perjuicio que ello denota la especial relevancia y atención del Estado de proteger su institucionalidad y la estabilidad del estado de derecho de las conductas corruptivas, en gran parte de los casos la hiperactividad legislativa no ha permitido que, a través de las reformas, se pudiese perfeccionar la figura típica, centrando particularmente su atención en el aumento de la penalidad. Lo anterior es el resultado de un desviado estudio de la corrupción y de la política criminal en

general, que intenta ubicar la solución a un complejo fenómeno a través del endurecimiento de las sanciones.

- (5) En lo que respecta al bien jurídico protegido, es un tema de larga discusión en el extranjero, más no en Chile. Las principales obras nacionales tienden a resumir las principales posturas (mayoritariamente de origen español) y, hasta la fecha de esta investigación, no se ha presentado una obra que trate extensamente el tópico. Una vez realizado el respectivo examen, se concluye que se desea resguardar el correcto funcionamiento de la administración tutelando particularmente el principio de imparcialidad para efectos de evitar ventajas indebidas entre quienes tienen acceso a la administración.
- (6) La naturaleza del delito solo ha sido tratada bajo clasificaciones tradicionales que la doctrina penal contemporánea ha puesto en duda, provocando que el tratamiento de este tópico se encuentre actualmente obsoleto o, al menos, incompleto al no contemplar las posturas modernas. Siendo consistente con el discurso previo, se concluye que es posible concebir, en atención al bien jurídico colectivo protegido tras su regulación, que el cohecho es un delito de acumulación, estructura que permite legitimar el reproche de una conducta típica individualmente insignificante, pero que adquiere relevancia jurídica tras la reiteración en su comisión. La consideración del artículo 249 como un delito de acumulación es un análisis pendiente en nuestro país y que podría resultar de suma utilidad de cara a las profundas reformas que afrontará nuestra legislación penal en los próximos años.
- (7) En lo que respecta al sujeto activo, y aun cuando no se presentan dificultades al momento de definir qué engloba el concepto de "*empleado público*", si es posible identificar un evidente problema asociado a la comunicabilidad de la calidad especial del sujeto activo que no logra soluciones pacíficas ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, existiendo posiciones que postulan tanto la comunicabilidad como la incomunicabilidad. La aplicación de diversas categorías arroja resultados dispares, obligándonos a adoptar la posición que, en términos prácticos, exista una mayor posibilidad de obtener una solución favorable ante un órgano jurisdiccional.

- (8) No obstante existir claridad en cuanto a los verbos rectores que contiene el artículo 249 del Código Penal, es necesario precisar que se presentan importantes problemas con relación al curso de acción del funcionario público desplegado en el delito, cuestión que, hasta la fecha, no ha ofrecido respuesta alguna por parte de la doctrina, así como tampoco han ocurrido esfuerzos relevantes por modificar el tipo objetivo. Por un lado, existe un elevado estándar probatorio impuesto al órgano persecutor al momento de ejercer la acción penal, pues exige la prueba de una contraprestación efectiva, o a lo menos potencial, a cambio de la comisión del delito. Por otro lado, aún existe un inusual vacío en la norma respecto a la falta de tipificación de la fórmula subsiguiente que si contempla el resto de las modalidades. Los problemas abordados constituyen verdaderas barreras en el efectivo combate contra la corrupción, por lo que es imperante el tratamiento de ambos tópicos en el corto plazo.
- (9) Sobre el beneficio indebido, la reciente modificación amplió su contenido, abarcando aquellas ventajas de una naturaleza no patrimonial y permitiendo que, en la actualidad, el cohecho contemple un número importante de actitudes que pueden constituir potenciales contraprestaciones distintas del dinero o bienes. A su vez, la reciente modificación permitió la armonización de todas las figuras de cohecho que nuestro cuerpo normativo contiene, ya que, independiente de la modalidad que concurra en un caso en particular, todas ellas contemplan la existencia de un beneficio indebido más amplio que el meramente económico, cuestión que se encontraba reservada de forma exclusiva a la modalidad en la cual se encontrase involucrado un funcionario público extranjero, según lo dispone el artículo 251 bis de nuestro Código Penal. Por otro lado, concluimos que, en relación con el artículo 249, no es posible aplicar criterios de adecuación social para efectos de no apreciar el delito de cohecho en un caso en concreto.

BIBLIOGRAFÍA

- Artaza, Osvaldo. «La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho.» *Política Criminal*, 2016: 307-339.
- Asua Batarrita, Adela. *Delitos contra la Administración Pública*. Bilbao: Editorial Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.
- Balmaceda Hoyos, Gustavo. «Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco.» *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2012: 45-81.
- . *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago: Librotecnia, 2014.
- Blanco Cordero, Isidoro. «Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos.» *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 113 (2015): 1-18.
- Casas Barquero, Enrique. «Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español.» *Documentación Jurídica*, 1978: 197-263.
- Centro de Estudios de la Justicia. *Código Penal de la República de Chile; Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno; Proyecto de Código Penal chileno*. Santiago: Imprenta de la República, 1873-1874 [reimpresión 2013].
- Cury Urzúa, Enrique. «Notas sobre el tráfico de influencias.» *Revista de Ciencia Política: El Estado y la prevención de la corrupción*, 1996: 99-104.
- Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal Parte Especial. Tomo IV*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- Fernández Cabrera, Marta. «Problemática asociada a la protección de bienes jurídicos colectivos. Especial referencia a los delitos contra la administración pública.» *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2017: 69-102.

- García Bilbao, Juan Alberto. *Defraudación fiscal. Aspectos dogmáticos y político-criminales*. Santiago: Editorial Puntotext, 2009.
- Garraud, René. *Traité théorique et pratique du droit pénal français*. Paris: Larose et Forcel, 1992.
- Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- Gimeno Lahoz, Ramón, y Teresa Corbella Herreros. «Comentarios sobre el delito de cohecho.» En *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*, de C. Ganzenmüller, J.F. Escudero y J Frigola, 71-88. Barcelona: Editorial Bosch, 1998.
- Hefendehl, Roland. «¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002: 1-13.
- Kindhäuser, Urs. «Infracción de deber y autoría - una crítica a la teoría del dominio del hecho.» *Revista de Estudios de la Justicia*, 2011: 41-52.
- Kindhäuser, Urs. «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán.» *Política Criminal*, 2007: 1-19.
- Kuhlen, Lothar. «Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito.» En *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, de Andrew von Hirsch, Kurt Seelmann, Wolfgang Wohlers y Ricardo Robles Planas, 225-235. Barcelona: Atelier, 2012.
- Labatut Glenda, Gustavo. *Derecho Penal. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- Loss, Fritz. «Del "bien jurídico" en los delitos de cohecho.» En *Estudios filosófico-jurídicos y penales del Prof. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*, de Kai Ambos y Henning Radtke, 143-162. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

- Mañalich Raffo, Juan Pablo. «La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación.» *Revista de Estudios de la Justicia*, 2015: 93-105.
- Matus Acuña, Jean Pierre, y María Cecilia Ramírez Guzmán. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Talca: Universidad de Talca, 2001.
- Matus Acuña, Jean Pierre, Sergio Politoff Lifschitz, y María Cecilia Ramírez Guzmán. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- Matus Acuña, Jean Pierre, y María Cecilia Ramírez Guzmán. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Talca: Universidad de Talca, 2001.
- . *Manual de Derecho Penal chileno. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Ministerio Público. «Boletín Estadístico Anual 2017.» *Fiscalía de Chile*. 3 de Marzo de 2018. <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>.
- Oliver Calderón, Guillermo. «Aproximación al delito de cohecho.» *Revista de Estudios de la Justicia*, 2004: 83-115.
- Oliver Calderón, Guillermo. «Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (ley N° 19.829 de 1999).» *Revista Chilena de Derecho* 30, n° 1 (2003): 39-53.
- Ortíz de Urbina Gimeno, Íñigo. «Delitos contra la administración pública.» En *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, de Jesús-María Silva Sánchez, y otros, 309-320. Barcelona: Atelier, 2001.
- Ossandón Widow, María Magdalena. «Sobre la calidad de empleado público en los delitos funcionarios y la punibilidad de quienes no la poseen.» *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 2012: 45-82.
- Pacheco, Joaquín Francisco. *El Código Penal / concordado y comentado por Joaquín Francisco Pacheco*. Madrid: Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, 1856.
- Pagliari, Antonio. *Principi di Diritto Penale. Parte Speciale*. Milán, 2000.

- Queralt Jiménez, Joan J. *Derecho penal español. Parte especial*. Barcelona: Editorial Atelier, 2002.
- Quintano Ripollés, Antonio. *La influencia del derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1953.
- Rodríguez Collao, Luis. «La función pública como objeto de tutela penal.» *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2005: 325-340.
- Rodríguez Collao, Luis, y María Magdalena Ossandón Widow. *Delitos contra la función pública*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- Serrano Gomez, Alfonso, y José María Rodríguez Devesa. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid: Dykinson, 1995.
- Transparency International. «Corruption Perceptions Index 2017.» *Transparency International*. 21 de Febrero de 2018. https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017.
- Valeije Alvarez, Inma. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996.
- Villada, Jorge Luis. *Delitos contra la función pública*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.