



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE POSTGRADO

---

**DELITO DE COHECHO Y FINANCIAMIENTO PRIVADO DE CAMPAÑAS  
ELECTORALES**

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal

MAXIMILIANO ANDRÉS TORRICO HORMAZÁBAL

Profesor guía:  
Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo

Santiago de Chile  
2019

A Javiera Warnier Dupré

## RESUMEN

El presente trabajo aborda el delito de cohecho y su aplicación en contextos de campañas electorales de parlamentarios. A partir del análisis del delito de cohecho, que comprende una determinación precisa de su objeto de protección así como de su estructura típica, se concluye que la función parlamentaria queda comprendida dentro de su ámbito de protección. A continuación, se problematiza la aplicación de este tipo penal en supuestos de financiamiento privado de campañas políticas de parlamentarios habida consideración de que dichos comportamientos podrían quedar subsumidos bajo las hipótesis típicas del artículo 248 del Código Penal, lo cual supondría criminalizar conductas en principio legítimas en el marco de una democracia. En este contexto, se exploran vías de solución para evitar tal consecuencia y se concluye que los supuestos de financiamiento privado en contextos electorales se encuentran justificados por referencia al artículo 10 N° 10 del Código Penal.

**Palabras clave:** Cohecho – corrupción – parlamentarios – financiamiento privado de campañas electorales – función pública.

**Key words:** Bribery – corruption – parliamentarians – electoral campaigns' private financing – public function.

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>1. OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA: BIEN JURÍDICO TUTELADO</b> .....	4
1.1. Consideraciones generales.....	4
1.2. Bien jurídico protegido en la doctrina chilena .....	8
1.3. Imparcialidad y función parlamentaria .....	11
<b>2. ESTRUCTURA TÍPICA DEL COHECHO</b> .....	13
2.1. Corrupción como marco de referencia .....	13
2.2. Cohecho como acuerdo ilícito: contrato sinalagmático vs donación remuneratoria.....	15
2.3. Parlamentario como autor idóneo de cohecho .....	20
2.3.1.El concepto de empleado público del artículo 260 del Código Penal....	20
2.3.2.Noción de cargo público y función parlamentaria .....	22
2.3.3.¿Incompatibilidad entre el delito de cohecho y el cargo de parlamentario?.....	24
2.3.3.1. La supuesta incompatibilidad entre el concepto de empleado público y la función parlamentaria .....	24
2.3.3.2. La supuesta incompatibilidad entre el injusto típico del cohecho y la función parlamentaria .....	26
<b>3. COHECHO Y FINANCIAMIENTO PRIVADO DE CAMPAÑAS ELECTORALES</b> ..	30
3.1. Algunas consideraciones sobre campañas electorales .....	30
3.2. ¿Se puede diferenciar entre una legítima contribución a una campaña política y el cohecho (art. 248 del Código Penal)?.....	31
3.3. Algunos criterios de delimitación: especial referencia a la discusión norteamericana .....	38
3.4. Hacia una propuesta de solución .....	46
<b>CONCLUSIONES</b> .....	52

## INTRODUCCIÓN

El cohecho puede entenderse genéricamente como un delito contra la función estatal y más precisamente contra la administración del Estado lato sensu, esto es, la actividad general del Estado que comprende el ámbito administrativo, legislativo y judicial<sup>1</sup>. Con todo, la discusión nacional parece haber centrado el análisis de este tipo penal en el marco de la así denominada “corrupción administrativa” o “burocrática”<sup>2</sup>, que se corresponde con la afectación de la función administrativa stricto sensu, en desmedro de una mayor profundización en torno a la “corrupción política”<sup>3</sup> que se refiere al ámbito de decisiones políticas de ciertos funcionarios públicos y cuyo caso paradigmático viene dado por la función parlamentaria.

El presente trabajo giran en torno a la categoría del “cohecho político”, concepto genérico que alude a “ciertos negocios corruptos que sobrevienen en elecciones, votaciones y otros procedimientos de carácter político, sea los que atañen a la soberanía de los Estados singulares, (...) sea aquellos que inciden en la producción normativa de organizaciones políticas supraestatales”<sup>4</sup>. Bajo esta etiqueta se suele agrupar dos tipos de delitos: el “cohecho electoral” y el “cohecho parlamentario”. En consecuencia, cabe aclarar que estas páginas no discurren sobre el “cohecho electoral” referido a la corrupción de los electores mediante la compra de sus votos, esto es, el “soborno de los titulares de derechos políticos activos que son ejercidos en elecciones y votaciones”<sup>5</sup>, sino sobre el así llamado “cohecho parlamentario” que alude a la corrupción de los representantes del pueblo o de los Estados, en los procesos normativos que acontecen al interior de asambleas legiferantes de carácter político<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte Especial, Tomo IV. 3° Ed. Santiago, Editorial Jurídica, 2010, p. 203 y ss.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ, José Luis. Delimitación del concepto penal de corrupción. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (25):339-359, 2004, p. 350; RODRÍGUEZ, José Luis; OSSANDÓN, Magdalena. Delitos contra la función pública. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica, 2008, p. 34.

<sup>3</sup> *Ibíd.*

<sup>4</sup> GUZMÁN DALBORA, José Luis. Esencia y clases del cohecho político. *Cuadernos de política criminal* (106): 223-249, abril 2012, p. 229.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, p. 229.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 240.

El problema fundamental que se aborda en la presente tesis dice relación con la dificultad para distinguir la frontera de la legalidad entre las legítimas contribuciones económicas que los particulares pueden realizar a campañas políticas y las hipótesis de cohecho establecidas en ambos incisos del artículo 248 del Código Penal (y correlativamente en el artículo 250 del mismo código). Pues, como veremos, muchas conductas inherentes al financiamiento privado de campañas electorales son subsumibles bajo la descripción típica de alguna de las modalidades de cohecho ya referidas, cuestión que se vuelve compleja desde que dicho financiamiento se encuentra expresamente legitimado por la regulación electoral.

De lo que se trata, entonces, es de preguntarnos acerca de la posibilidad de establecer criterios interpretativos que nos permitan distinguir adecuadamente entre conductas legítimas, por un lado, y comportamientos delictivos, por otro, en relación con la aplicación del cohecho en contextos electorales. Al respecto, y tal como intentaremos demostrar a lo largo de este trabajo, los esfuerzos por buscar ciertos criterios que permitan limitar la extensión de los tipos penales -de modo tal que solo abarquen conductas corruptas y deje a salvo el legítimo financiamiento de campañas- no resulta posible. Por el contrario, la solución al problema pareciera ser la aceptación de la imposibilidad de una correcta distinción entre una y otra conducta en dichos contextos. De esta forma, se abre la posibilidad de explorar una vía de solución que cifre el problema ya no en el nivel de la tipicidad sino en el de la antijuridicidad, esto es, la pregunta por una eventual causa de justificación que pudiese venir en consideración.

Cabe mencionar que el problema se encuentra circunscrito a los casos de candidatos “incumbentes”, esto es, aquellos que ostentan actualmente la calidad de funcionarios públicos y que compiten por la reelección en sus cargos. Tratándose de candidatos “desafiantes” particulares el escenario es diverso, pues no puede haber cohecho cuando los candidatos no son funcionarios públicos. Lo anterior, sin embargo, deja abierta la pregunta acerca de los candidatos “desafiantes” que siendo funcionarios públicos se encuentran compitiendo por un cargo público diverso al que actualmente detentan, aspecto del que nos hacemos ¿cargo? en el trabajo.

Para los efectos de abordar correctamente la cuestión planteada habremos de referirnos, en primer término, al objeto de protección de las normas relativas al cohecho; en segundo lugar expondremos la estructura típica del delito de cohecho; luego, abordaremos los criterios de distinción que se han propuesto para distinguir aportes legítimos a campañas políticas de conductas delictivas a título de cohecho; y, finalmente, esbozaremos una propuesta de solución al problema planteado.

## 1. OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA: BIEN JURÍDICO TUTELADO

### 1.1. Consideraciones generales

La cuestión relativa al bien jurídico protegido por el delito de cohecho ha sido objeto de discrepancias sobre todo en la doctrina extranjera. En Chile, por el contrario, pareciera no haberse profundizado en demasía. Con todo, y pese a las diversas posturas existentes, actualmente el consenso mínimo se erige sobre la idea según la cual el cohecho es un delito contra la administración del Estado –la función pública– la que, a su vez, se entiende en un sentido amplio como comprensiva de los tres poderes o funciones del Estado, a saber, administrativa, legislativa y judicial.

El cohecho como delito contra la administración del Estado supone una concepción objetiva del bien jurídico protegido, basada, como se ha dicho, en la función pública como tal, en contraposición a una postura subjetiva, ya abandonada, que interpreta el tipo penal como un delito funcionario sustentando en el incumplimiento de los deberes propios del cargo. Resulta importante referirse a esta postura y a los inconvenientes que supone esta aproximación, habida consideración del título bajo el cual se encuentra tipificado el delito de cohecho en el Código Penal –“De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”–, el que pareciera enfatizar el desempeño del funcionario público en su cargo antes que en la función estatal.

Las posturas subjetivas se centran en las ideas de incorruptibilidad o integridad del funcionario público en términos tales que el objeto tutelado se identifica con el fiel desempeño de las funciones del cargo o en el no quebrantamiento de los deberes que les son propios como los de fidelidad, lealtad y probidad<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> DE LA MATA, Norberto. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (17): 81-152, 2006, p. 93.



Las críticas a tal concepción son conocidas y se pueden sintetizar de la siguiente forma: una comprensión tal, que identifica meras infracciones disciplinarias o administrativas del funcionario en ejercicio de sus funciones con comportamientos merecedores de sanción penal, supone una visión autoritaria del tipo penal incompatible con un Estado democrático de derecho<sup>8</sup>. Los deberes del cargo no se justifican por sí solos sino que simplemente guardan una relación de funcionalidad con el verdadero bien jurídico, cuyo contenido de injusto se cifra en determinadas características que deben acompañar el ejercicio de la función pública orientada hacia la ciudadanía<sup>9</sup>. En este sentido, los deberes no son el bien jurídico protegido sino que estos conducen a la prestación de un servicio para la comunidad en términos tales que su cumplimiento permite proteger el auténtico bien jurídico tutelado por el delito de cohecho<sup>10</sup>.

El objeto tutelado, por consiguiente, no se encuentra en la relación interna Estado-funcionario, sino que en las condiciones de las cuales depende la existencia y ejercicio de la función pública objetivamente considerada. Desde esta perspectiva, dominante entre los autores, se han elaborado diversas posturas.

En Alemania, por ejemplo, se han enfrentado fundamentalmente dos posiciones: por una parte, quienes postulan que aquello que debe protegerse es la voluntad del Estado ante falsedades de contenido y, por otra, quienes estiman que el bien tutelado es la confianza de la opinión pública en la objetividad de las decisiones de la Administración; en ambos casos, como condición de aseguramiento de la capacidad de funcionamiento de la misma<sup>11</sup>.

De acuerdo con la primera postura, la voluntad estatal manifestada a través del actuar del funcionario público queda falseada por comportamientos de este constitutivos de

---

<sup>8</sup> *Ibíd.*, p. 96.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 98.

<sup>10</sup> OLIVER, Guillermo. Aproximación al delito de cohecho. *Revista de Estudios de la Justicia* (5): 83-115, 2004, p. 95.

<sup>11</sup> 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* (3): 1-18, 2007, p. 9.

cohecho, en atención a que las decisiones estatales no se producen conforme a la ley<sup>12</sup> y, en tal sentido, la capacidad de funcionamiento de la administración resulta menoscaba por la incorrección del contenido de las decisiones adoptadas. No obstante, aquello resulta insuficiente, ya que dicha capacidad de funcionamiento puede igualmente ser afectada por el delito de cohecho aun cuando las decisiones sean correctas en cuanto a su contenido<sup>13</sup>. Desde esta perspectiva, por ejemplo, no podría explicarse el contenido de injusto correspondiente a las hipótesis de cohecho tipificadas en los incisos 1° y 2° del artículo 248 del Código Penal chileno referidos, respectivamente, al “desempeño del cargo” y a la “ejecución de un acto propio del cargo”, que por definición se encuentran ajustados a derecho.

La segunda postura, en tanto, es insostenible porque el argumento nos lleva a concluir que no cabe castigar penalmente los delitos cometidos cuando la confianza ya no existe, por ejemplo, en contextos de corrupción generalizada. Erradamente, esta concepción invierte los términos, pues solo a partir del correcto desempeño de la función pública puede generarse confianza en la ciudadanía, pero no a la inversa. Por ello, se afirma que la confianza solo es un reflejo de la protección de la capacidad de funcionamiento de la administración pública<sup>14</sup>.

Ahora bien, las posturas que gozan de mayor aceptación, tanto en España como en nuestro país, son aquellas que identifican el objeto de protección con el “buen o correcto funcionamiento de la administración pública” con base en ciertos principios que informan el adecuado ejercicio de la función pública, pero también en la idea de abuso del cargo en beneficio propio ligado indefectiblemente a la no venalidad o comercialización del cargo.

---

<sup>12</sup> DE LA MATA. Op. cit., nota N° 7, p. 103.

<sup>13</sup> KINDHÄUSER. Op. cit., nota N° 11, p. 9: “[L]a capacidad de funcionamiento de la Administración resulta menoscabada no solo cuando se toman decisiones de contenido incorrectas. La Administración Pública tampoco resulta suficientemente eficiente cuando las decisiones no se toman o se toman con considerable retraso. Si un funcionario público es sobornado, esto contraviene el funcionamiento de la Administración, aun cuando después las decisiones sean correctas en cuanto a su contenido”.

<sup>14</sup> *Ibíd.*

En cualquier caso, la consideración inicial está dada por la relación funcional entre la función estatal y el bien común o, mejor dicho, el interés público, en el sentido de que la primera se entiende necesariamente orientada a lo segundo. Asimismo, tal como señala Kindhäuser, el ámbito de protección del delito de cohecho –o los delitos de corrupción en general– está referido específicamente al ejercicio jurídico-público de un poder de decisión, de modo tal que lo esencial parece ser el ejercicio del mismo sin la interferencia de intereses particulares inadecuados, esto es, con independencia de ventajas inconexas<sup>15</sup>. Lo anterior se traduce, en consecuencia, en el aseguramiento de los principios de eficiencia, imparcialidad e igualdad ante la ley<sup>16</sup>.

La referencia a principios como los señalados contribuye a delimitar de forma más precisa aquello que entendemos por correcto desempeño de la función pública. En este contexto, el principio de imparcialidad juega un rol preponderante, ya que se constituye como una característica específica de la función pública que se ve afectada –ya en la forma de lesión o al menos de peligro abstracto– por la comisión de un delito de cohecho. El principio de imparcialidad, que vincula a todos los poderes del Estado, se entiende como la ausencia de interferencia en la toma de decisiones públicas, pero también como deber de los poderes públicos a obrar con neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados<sup>17</sup>.

Este principio, a su vez, se encuentra directamente vinculado al principio de igualdad, lo cual queda en evidencia a la luz del concepto de “eficacia indiferente” en relación con la administración, esto es, “la obligación que tiene la Administración de ponderar todos los intereses en juego y operar sobre criterios uniformes a fin de evitar discriminaciones o favoritismos”<sup>18</sup>. En el mismo sentido, este principio se constituye como una garantía contra la arbitrariedad y la desigualdad de trato entre los destinatarios de los servicios públicos<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> *Ibíd.*

<sup>16</sup> *Ibíd.*

<sup>17</sup> DE LA MATA. *Op. cit.*, nota N° 7, p. 112.

<sup>18</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, “Delito de cohecho”, p. 358, citado por DE LA MATA. *Op. cit.*, nota N° 7, p. 111.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, p. 112.

Por otra parte, la vulneración al correcto funcionamiento de la función estatal viene dada por el abuso de la función pública que se traduce, genéricamente, en la confusión de intereses públicos y privados y, en específico, alude a la utilización del cargo para obtención de un beneficio ilícito<sup>20</sup>. Paradigmáticamente, dicho beneficio se explicará con base en la idea – metafórica– de la “venta de la función”, o bien, como veremos más adelante, en una reformulación de la metáfora conforme a la idea de “remuneración indebida de la función”. Con todo, desde la perspectiva del abuso del cargo, la protección se dirige específicamente a la no venalidad de la función por ser este uno de los factores que con mayor eficacia garantiza la ausencia de interés privado en actuaciones públicas<sup>21</sup>.

En relación con lo anterior, cabe destacar que la fundamentación del contenido de injusto de la “venta” de la función o la “remuneración indebida” en razón del cargo no radica en la contraprestación económica como si se tratara de un enriquecimiento injustificado, sino en la vulneración del principio de igualdad<sup>22</sup>.

## **1.2. Bien jurídico protegido en la doctrina chilena**

En nuestro país, la mayoría de los autores sostiene una concepción objetiva del bien jurídico protegido construido sobre la base de la correcta administración del Estado, sin perjuicio de ciertas excepciones que aún parecieran identificar el contenido de injusto desde una perspectiva subjetiva, asociado al incumplimiento de ciertos deberes del cargo por parte del funcionario<sup>23</sup>.

Etcheberry<sup>24</sup>, por ejemplo, afirma que el bien jurídico protegido para todos los delitos bajo el título V del libro II del Código Penal es la “recta administración pública” que se entiende en un sentido amplio como “actividad general del Estado”, razón por la cual

---

<sup>20</sup> *Ibíd.*, p. 117.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p. 119.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p. 121.

<sup>23</sup> GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte Especial, tomo III. 4° ed. actualizada. Santiago, Editorial Jurídica, 2010, p. 442.

<sup>24</sup> ETCHEBERRY. *Op. cit.*, nota N° 1, p. 203 y 204.

abarca, desde luego, la dimensión administrativa pero también la legislativa y la judicial. Precisa este autor que los delitos no menoscaban al Estado como tal, sino su “regularidad funcional”. Si bien refiere que deben tenerse en especial consideración los deberes específicos de “lealtad, corrección y eficiencia”, estos no constituyen en sí el objeto de protección, sino solo vienen a dar mayor relevancia a las infracciones contra la administración pública. En el mismo sentido se pronuncian Bullemore y Mackinnon<sup>25</sup>.

Oliver<sup>26</sup>, por su parte, luego de analizar y criticar las posturas más relevantes en la doctrina española en torno al bien jurídico protegido, arriba a una concepción personal que identifica al bien jurídico protegido con “el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos”. En tal sentido, refiriéndose al delito de cohecho afirma que “la razón para castigar esta clase de comportamientos es que impiden o dificultan que el servicio a los ciudadanos –razón de ser de la existencia de los organismos públicos y los deberes funcionarios– se preste de manera correcta”<sup>27</sup>.

Al respecto cabe observar que se trata de una postura que entiende que el objeto de protección es la administración pública en sentido objetivo, cuya existencia se justifica en razón del servicio público que presta a la ciudadanía. Sin embargo, su postura pareciera adolecer de cierta vaguedad y amplitud que restan rendimiento interpretativo a la determinación del bien jurídico protegido, toda vez que no explicita los criterios o principios conforme a los cuales el servicio de la Administración será considerado “correcto”. En otras palabras, el autor solo afirma que si se comete un delito de cohecho no habrá un correcto funcionamiento, sin que eso nos diga nada acerca del contenido específico de la función pública ni la forma en que la misma es afectada.

Una mayor especificación de la administración pública como objeto de protección es proveída por Rodríguez y Ossandón<sup>28</sup>, quienes resumen en el concepto de “función pública” el estado de cosas a tutelar. Así, entienden que la función pública consiste en

---

<sup>25</sup> BULLERMORE, Vivian y Mackinnon John. Curso de Derecho Penal. Parte Especial, tomo IV. 4° edición aumentada y actualizada. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2018, p. 181.

<sup>26</sup> OLIVER. Op. cit., nota N° 10, pp. 92-96.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 95.

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ y OSSANDÓN. Op. cit., nota N° 2, pp. 93 y ss.

el “correcto funcionamiento de la Administración pública, esto es, la función de prestación a los ciudadanos y el cumplimiento de los criterios objetivos correspondientes a los fines del Estado social y democrático de Derecho. En particular, ello se concreta en los principios de objetividad, imparcialidad y eficacia que informan la actuación de los órganos estatales”<sup>29</sup>.

Esta postura, tal como parecer ser la tendencia actual, enfatiza la idea de vincular el objeto de tutela de los delitos contra la función pública con la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos<sup>30</sup>. Además, supone que la función pública se presenta como una categoría genérica que agrupa varios tipos penales, por lo cual resulta necesaria una concreción atendida las particularidades que revistan los diversos tipos penales en cuestión, distinguiéndose los que dañan la imparcialidad, los que afectan su dimensión patrimonial y los que lesionan los aspectos operativos de su ejercicio<sup>31</sup>.

En relación con lo anterior, baste dejar sentado que, si bien resulta acertado postular que es la función pública como tal aquello que se pretende proteger, la cual a su vez encuentra un contenido específico en los principios de imparcialidad e igualdad, no es acertado incluir bajo la idea de función pública el patrimonio estatal como concreción de la misma. En efecto, el patrimonio del Estado –aunque comparte un parentesco de familia con la función pública por tratarse, ambos, de delitos contra el Estado– es un interés a proteger que goza de autonomía propia.

En la misma línea anterior, Artaza plantea que el bien jurídico protegido es el principio de imparcialidad de la función pública, en términos tales que este concepto permite delimitar el margen de acción del funcionario en su relación con terceros dando cuenta de un interés declarado por el Estado enmarcado en el principio de igualdad y la prohibición de toda forma de discriminación<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*, p. 101.

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ, José Luis. La función pública como objeto de tutela penal. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 1(26): 325-340, 2005, p. 339.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, p. 340.

<sup>32</sup> ARTAZA, Osvaldo. La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en los delitos de cohecho. *Política Criminal* 11 (21): 307-339, julio 2016, p. 322.

En vista de lo antes expuesto, no cabe sino concluir que el delito de cohecho menoscaba las condiciones de las cuales depende el correcto ejercicio de la función pública –y más específicamente: el ejercicio de un poder de decisión jurídico-público– cuyo contenido jurídico-penalmente relevante se configura en base al respeto de los principios de imparcialidad, igualdad y probidad. Este último principio, consagrado constitucionalmente<sup>33</sup>, debe entenderse no como un deber personal del funcionario en el sentido de las posturas subjetivas, sino como un estándar objetivo de la función pública que suponga la preeminencia del interés general por sobre el interés particular.

### **1.3. Imparcialidad y función parlamentaria**

El principio de imparcialidad pudiera verse cuestionado tratándose de la función pública legislativa en la medida en que supone decisiones de carácter político ligadas inevitablemente a visiones parciales de la realidad. De hecho, se ha afirmado que tratándose de la función parlamentaria el bien jurídico protegido “no consiste en la objetividad de las elecciones y votaciones en los parlamentos, como a veces se afirma, porque aquellos actos tienen por antonomasia una significación política, que les infunde el espíritu de parcialidad o subjetividad que es inherente a su substancia”<sup>34</sup>.

Contrariamente a lo anterior, sin embargo, cabe apuntar que el principio de imparcialidad como estándar de corrección de la función pública resulta perfectamente aplicable a la actividad parlamentaria en el entendido de que la cuestión primordial tratándose del delito de cohecho –así como en los ámbitos de la función administrativa o jurisdiccional– es el ejercicio de un poder de decisión público no influenciado por intereses distintos a aquellos que el propio poder de decisión, radicado en un cargo o función, ha de servir y promover.

---

<sup>33</sup> El artículo 8° de la Constitución Política establece que “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”.

<sup>34</sup> GUZMÁN DALBORA, Op. cit., nota N° 4, p. 241.

En este sentido, los parlamentarios menoscaban la imparcialidad debida de su cargo cuando sus decisiones están vinculadas a, o influenciadas por, intereses particulares, habida consideración de que su función es, precisamente, representar y promover el interés general. Esta idea se sustenta ya en el hecho de que bajo una democracia representativa (art. 5° de la Constitución Política) los representantes elegidos por el pueblo se desvinculan de los individuos representados y de sus intereses particulares para representar a la nación en su conjunto, esto es, el interés general<sup>35</sup>. La idea de representación obliga al parlamentario a decidir en nombre y en interés de todo el pueblo<sup>36</sup>.

Por último, cabe señalar que a través de la idea de representación, entendida de manera más amplia como “adjudicación de competencias sobre la base de la organización jurídica”<sup>37</sup>, se puede sostener un concepto “unitario” de función pública con independencia del ámbito de que se trate (administrativo, legislativo o jurisdiccional). Así, desde esta perspectiva, todos los funcionarios representan, a fin de cuentas, al pueblo (“todo cargo representaba antes al rey y hoy al pueblo”) de modo que están obligados a resguardar dichos intereses y no los intereses de ciertos grupos<sup>38</sup>. Esta forma de entender la representación democrática y su vínculo con la función pública, permitiría establecer exigencias comunes para su correcto desempeño, a saber, cumplimiento de la ley, preservación del interés común y allí donde hay intereses de grupos rivales, decisión imparcial y justa<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. Liberalismo y democracia. México D.F., Fondo de cultura económica, 1985, p. 36 y ss.

<sup>36</sup> KRIELE, Martin. Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, p. 334.

<sup>37</sup> *Ibíd.*, p. 339.

<sup>38</sup> *Ibíd.*

<sup>39</sup> *Ibíd.*



## 2. ESTRUCTURA TÍPICA DEL COHECHO

### 2.1. Corrupción como marco de referencia

Probablemente no existe manera más promisoría para interpretar la estructura típica del cohecho que hacerlo a partir del marco conceptual del fenómeno de la corrupción. Esto es así, dado que el delito en cuestión se muestra como la manifestación paradigmática de lo que se entiende por corrupción<sup>40</sup>.

Desde un punto de vista jurídico el concepto de corrupción ha sido entendido como una categoría delictiva en sentido amplio<sup>41</sup>. Desde esta perspectiva, sustentada básicamente en convenciones e instrumentos internacionales<sup>42</sup>, la corrupción se presenta como una categoría general que abarca comportamientos cuyo núcleo común se presenta como la infracción de ciertos deberes con el propósito de obtener beneficios ilícitos, incluyéndose de esta forma una diversidad de delitos disímiles tanto en lo que respecta a las modalidades de ataque como a los objetos de protección<sup>43</sup>. Asimismo, de manera bastante general, aunque no exclusiva, se tiende a asociar este tipo de conductas con la función pública<sup>44</sup>.

No obstante, desde un punto de vista estrictamente dogmático, este concepto amplio de corrupción deviene irrelevante precisamente por la amplitud de conductas y formas de agresión difícilmente asimilables entre sí que abarca, de modo tal que el concepto carece de rendimiento interpretativo en orden a precisar los contornos de las diferentes conductas típicas en cuestión<sup>45</sup>.

Así, un concepto de corrupción jurídico penalmente relevante requiere de un grado de especificidad mayor. Por lo mismo, Kindhäuser postula que la corrupción consiste en

---

<sup>40</sup> OLIVER. Op. cit., nota N° 10, p. 84.

<sup>41</sup> ARTAZA Op. cit., nota N° 32, pp. 311-318.

<sup>42</sup> El principal instrumento a nivel mundial es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) y a nivel interamericano la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996).

<sup>43</sup> ARTAZA. Op. cit., nota N° 32, p. 311.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p.314.

<sup>45</sup> *Ibíd.*, p.315.

una específica forma de agresión con la que se pueden vulnerar distintos bienes jurídicos<sup>46</sup>. En tal sentido, la idea de corrupción se entiende más bien como un *modo de ataque* específico –tal como el engaño, la violencia o la amenaza– distinguible conceptualmente de su *objeto de ataque*, que puede presentarse en ámbitos tan distintos como el Estado, la economía o la vida social.

Desde esta aproximación, la corrupción puede definirse como una “vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido”<sup>47</sup>. En otras palabras, se trata de una situación configurada en base a la existencia de una ventaja indebida vinculada a un poder decisorio ejercido por un representante de intereses ajenos.

La definición anotada supone un esquema *relacional trilateral*<sup>48</sup>: debe existir un representante con poder decisorio que deba actuar en interés de un tercero a quien representa. Además, debe concurrir un tercer sujeto que pueda otorgar una ventaja. La *ventaja*<sup>49</sup>, por su parte, alude a “todo lo que pueda motivar a un ser humano” y debe estar siempre referida a la especial posición de deber del representante. Por último, la ventaja debe ser indebida, lo cual ocurrirá cuando se genere una *incompatibilidad de intereses*<sup>50</sup> entre los del tercero representado y aquellos vinculados a la ventaja otorgada.

En la misma línea se encuentra la concepción de Green en el contexto anglosajón, quien ha propuesto –aunque limitándolo a la estructura del cohecho– un marco de análisis prácticamente idéntico:

“X (quien recibe el soborno) es sobornado por Y (quien lo ofrece), si y solo si: 1) X acepta, o acuerda aceptar, algo de valor proveniente de Y; 2) a cambio de que X actúe

---

<sup>46</sup> KINDHÄUSER. Op. cit., nota N° 11, pp. 2 y ss.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, p. 6.

<sup>48</sup> *Ibíd.*

<sup>49</sup> *Ibíd.*

<sup>50</sup> *Ibíd.*

o acuerde actuar a favor de cierto interés de Y, y 3) infringiendo un deber de lealtad propio de X, que se desprende de su función pública, posición o trabajo”<sup>51</sup>.

A este respecto, tres consecuencias se derivan en relación con la infracción a un deber de lealtad como condición del soborno (léase corrupción): i) la estructura bilateral del soborno es solo aparente, ya que en realidad se trata de una relación trilateral, atendido que, de la infracción del deber de lealtad de X se desprende, inequívocamente, que este solo puede venir en consideración como representante de intereses ajenos; ii) la deslealtad tiene que estar relacionada con el incumplimiento de un deber relacionado con el cargo<sup>52</sup>; y, iii) no cualquier incumplimiento de deber relacionado al cargo implica una deslealtad sino solo aquellos que den cuenta de la contrariedad de intereses en juego: “La deslealtad requiere que el agente acusado de ser desleal se pase al otro lado: es decir, actúe de manera que favorezca los intereses de alguien o algo que no sea el partido o causa a los cuales este debe lealtad”<sup>53</sup>.

## **2.2. Cohecho como acuerdo ilícito: contrato sinalagmático vs donación remuneratoria**

Tradicionalmente, tanto en Chile como a nivel comparado, se ha entendido que el elemento central del comportamiento típico del cohecho es un determinado acuerdo ilícito que supone una relación de intercambio sinalagmática entre un beneficio y un comportamiento determinado. Esta idea sustentaba, bajo la antigua regulación del cohecho previa a la reforma introducida por la Ley N° 19.645 de 1999, una comprensión del delito en estudio como un “delito de encuentro”, para cuya consumación requería el acuerdo de voluntades de dos partes –el funcionario público y el sobornador– que en tal medida eran considerados como copartícipes<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> GREEN, Stuart. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 258.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 270.

<sup>53</sup> *Ibíd.*, p. 270.

<sup>54</sup> Véase, por ejemplo, ETCHEBERRY, op. cit. nota N° 1, p. 252.

Bajo la regulación actual, una interpretación como la anterior resulta inviable bajo la descripción típica del cohecho, ya que las conductas tanto del funcionario como del sobornador se regulan de forma autónoma sin que la consumación dependa, en todos los casos, de lo que haga o deje de hacer un tercero. La tesis del delito de encuentro explica satisfactoriamente las hipótesis consistentes en “aceptar recibir” por parte del funcionario y de “consentir en dar” por parte del potencial sobornador, pues ambas presuponen, respectivamente, un ofrecimiento o una solicitud, de un beneficio. Sin embargo, dicha tesis carece de rendimiento interpretativo en los casos constituidos por una “solicitud de recibir” por parte del funcionario y de un “ofrecimiento en dar” por parte del sobornador, puesto que en ninguno de los casos se puede asumir, necesariamente, una aceptación de otra persona para su consumación<sup>55</sup>. De esta forma, el delito de cohecho exhibe una naturaleza unilateral<sup>56</sup>.

Con todo, las consideraciones anteriores no han sido óbice para que la idea de acuerdo ilícito siga siendo interpretativamente relevante ya no como elemento de la tipicidad del cohecho sino como “objeto de referencia obligatorio”<sup>57</sup>. Esto es así por la interdependencia de las posiciones de funcionario público y eventual sobornador en atención a que sus respectivos comportamientos adquieren significación por referencia al acuerdo de voluntades que se pretende alcanzar, sin que sea necesario que este llegue a producirse para los efectos de la consumación del hecho típicamente relevante<sup>58</sup>.

De forma aún más precisa, la conducta típica constitutiva de cohecho se ha asimilado, metafóricamente, a una etapa preparatoria orientada a la celebración de un contrato bilateral –paradigmáticamente el de compraventa– en el que el funcionario “vende” ya su desempeño genérico en el cargo (artículo 248 inciso 1°), ya un determinado

---

<sup>55</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (51):95-122, 2018, p. 98-100.

<sup>56</sup> OLIVER. Op. cit., nota N° 10, p. 92.

<sup>57</sup> HERNÁNDEZ, Héctor. La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho. *Revista de Ciencias Penales* 43 (4):15-28, 2016, p. 16.

<sup>58</sup> MAÑALICH. Op. cit., nota N° 55, p. 100.

“servicio funcional”<sup>59</sup> –consistente, a saber, en la ejecución, futura o pasada, de un *acto propio de su cargo* en el caso del artículo 248 inciso 2°, un *acto con infracción a los deberes de su cargo* en el caso del artículo 248 bis o un determinado delito funcional en el caso del artículo 249, todos el Código Penal<sup>60</sup>– a cambio de un “precio” consistente en un beneficio ofrecido o consentido en dar por parte del eventual sobornador.

Desde este punto de vista, no es necesario ni el pago del beneficio ni la realización del servicio funcional como tampoco lo es que el acuerdo llegue efectivamente a producirse, pero sin la referencia a la idea de contraprestación o de acuerdo ilícito más o menos sinalagmático no puede existir cohecho ni soborno<sup>61</sup>.

Sin embargo, el esquema del contrato sinalagmático debe ser desechado por dos objeciones fundamentales<sup>62</sup>. La primera se sustenta en el hecho de que el modelo no alcanza a explicar adecuadamente el comportamiento típico del cohecho bajo la regulación vigente. Pues, si como se ha planteado, el presupuesto central de dicho esquema consiste en entender que existe una relación sinalagmática entre el servicio funcional y el beneficio otorgado, en términos tales que ambos se constituyen, simétricamente, como contraprestaciones recíprocas, entonces no se pueden explicar satisfactoriamente todas las hipótesis del cohecho, en particular, la referida a la modalidad de cohecho subsiguiente. Esto, porque bajo esta descripción típica solo es posible que el beneficio a otorgarse pueda venir en consideración como contraprestación, sin que a la inversa el servicio funcional pueda considerarse como contraprestación del beneficio. En efecto, el cohecho subsiguiente supone que el servicio funcional se tenga por ya realizado, de modo tal que el beneficio solo puede venir en consideración como una contraprestación.

La segunda objeción esgrimida en contra del modelo del contrato sinalagmático como enfoque interpretativo del cohecho se funda en la estructura de los actos de habla que

---

<sup>59</sup> La expresión es acuñada por Mañalich, op. cit., nota N° 55, p. 100.

<sup>60</sup> HERNÁNDEZ. Op. cit., nota N° 57, p. 17.

<sup>61</sup> *Ibíd.*

<sup>62</sup> MAÑALICH. Op. cit., nota N° 55, pp. 8-12.

sustentan la construcción de un acuerdo bilateral. Desde esta perspectiva no puede afirmarse que en todos los casos los actos de habla tengan la estructura de una *oferta* condicional como de hecho requeriría el modelo contractual bilateral. Por el contrario, resulta posible constatar ciertas hipótesis que tienen el carácter de una *amenaza* condicional, lo cual las hace incompatibles con dicho modelo<sup>63</sup>.

Por las razones anotadas resulta necesario adoptar un nuevo esquema interpretativo que dé sentido al comportamiento típico en estudio. Al respecto, parece del todo acertada la reconstrucción típica del cohecho en base a lo que se ha denominado como el modelo de la donación remuneratoria. De acuerdo con este modelo, “el comportamiento del funcionario, consistente en solicitar o aceptar recibir un determinado beneficio por su materialización futura o pretérita del respectivo servicio funcional, no necesita poder ser interpretado, sub especie cohecho, en el sentido de la formulación de una oferta condicional, sino solo como la propuesta o la aceptación de una propuesta de celebrar, con el potencial sobornador, una donación remuneratoria”<sup>64</sup>.

Por donación remuneratoria, cuya base el autor extrae del Código Civil chileno<sup>65</sup> y sobre la cual modifica ciertos aspectos relevantes, se va a entender una donación que se realiza, expresa o tácitamente, en remuneración de servicios específicos, incluso cuando estos sean de los que suelen pagarse<sup>66</sup>. Esto último impide que una eventual generalización de la corrupción devenga como una causa de atipicidad para el cohecho (y, consecuentemente, para el soborno). Bajo este esquema, por tanto, el comportamiento del funcionario público se presenta esencialmente como una propuesta o aceptación en orden a que el potencial sobornador se obligue

---

<sup>63</sup> Para un tratamiento exhaustivo del tema véase MAÑALICH, op. cit., nota N° 55, p.103-105 y MAÑALICH, Juan Pablo, El chantaje como coacción. Una reconstrucción lógica de la distinción entre amenazas y ofertas condicionales. DOXA (41): 249-280, 2018.

<sup>64</sup> MAÑALICH. Op. cit., nota N° 55, p. 105.

<sup>65</sup> El artículo 1433 del Código Civil chileno dispone que “Se entenderán por donaciones remuneratorias las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse”.

<sup>66</sup> MAÑALICH. Op. cit., nota N° 55, p. 105 y ss.

unilateralmente, en cuanto donante, a proveerle de un beneficio a título de remuneración.

Cabe destacar que este enfoque interpretativo fue propuesto para la regulación anterior a la modificación propiciada por la Ley N° 21.121 publicada en noviembre de 2018, por lo que valdría hacer dos observaciones. Por una parte, la reforma señalada incorporó el así llamado “cohecho por la función” en el inciso primero del artículo 248 del Código Penal, lo cual obliga a modificar la definición de donación remuneratoria propuesta en el sentido de abarcar no solo “servicios específicos” sino “servicios genéricos”. Por otra, la modificación legal amplió el concepto de “beneficio” establecido en los artículos 248, 248 bis y 249 del Código Penal, en el sentido de cubrir no solo aquellos de índole económica sino también los que puedan ser de “otra naturaleza” (v.gr. favores sexuales), cuestión que resulta problemática, atendido a que el concepto de donación pareciera estar referido exclusivamente a la transferencia de objetos mas no a la realización de acciones.

Esta última constatación, no obstante, no alcanza a ser una objeción sustancial a la propuesta del modelo remuneratorio, pues el elemento fundamental de este no descansa en la idea de donación sino en su naturaleza remuneratoria, de modo que lo que realmente importa relevar es que el beneficio sea entendido como una remuneración por la realización futura o pasada de un determinado servicio funcional, con independencia de si dicho beneficio consiste en la transferencia de una cosa o en la ejecución de un acto.

Así, de la misma forma que bajo el modelo del contrato bilateral la idea de “venta” de la función pública no se ajustaba al término técnico de compraventa conforme al Código Civil, habida consideración de que dicho contrato requiere que el objeto del mismo solo pueda ser una cosa corporal y no un comportamiento determinado (servicio funcional), no se observa problema alguno en que el concepto de donación pueda ser tenido para estos efectos como uno que abarque comportamientos además de objetos.

El modelo de la donación remuneratoria logra dar cuenta de la asimetría existente bajo la regulación penal entre el servicio funcional y el beneficio respectivo en términos tales que solo el beneficio opera como contraprestación del servicio funcional pero no a la inversa. La naturaleza remuneratoria de la donación exige la constatación de una conexión entre el beneficio otorgado y el servicio funcional. Así, el beneficio debe realizarse “en razón de”, “por referencia a” o “a propósito de”, etc., un servicio funcional, específico o genérico, sin que por ello deba interpretarse esa conexión como una de índole sinalagmática –como un intercambio entre ambas prestaciones–, pues la realización, pretérita o futura, del respectivo servicio no se tiene como objeto del respectivo acuerdo constitutivo de una donación remuneratoria. De esta forma, el objeto del acuerdo es una donación remuneratoria que, en tanto que donación, es siempre unilateral.

En definitiva, dada la propia estructura de la donación remuneratoria, lo único que viene en consideración como objeto de un eventual acuerdo ilícito es un beneficio que puede adoptar la forma de una prestación de dar, hacer o no hacer que el potencial sobornador realiza en favor del funcionario público a título de remuneración por un servicio funcional genérico o específico, realizado o por realizarse. Al ser un contrato unilateral no resulta pertinente la alusión al binomio prestación-contraprestación, pues en realidad solo hay una (contra) prestación –la entrega de un beneficio– que se encuentra vinculada a un servicio funcional.

### **2.3. Parlamentario como autor idóneo de cohecho**

#### **2.3.1. El concepto de empleado público del artículo 260 del Código Penal**

La pregunta que plantea la presente investigación en relación con la posibilidad de distinguir entre aportes legítimos a campañas políticas y conductas típicamente relevantes a título de cohecho para el caso de candidatos que detentan la calidad de funcionarios públicos –en particular de parlamentarios–, parte de la base de que este tipo penal se aplica sin distinciones respecto de estos. Ya hemos dejado asentado que el bien jurídico protegido es el correcto desempeño de la función pública en todas las



dimensiones de la actividad estatal, incluyendo, desde luego, la función legislativa. Lo que corresponde ahora, por tanto, es justificar normativamente que la figura del parlamentario se encuentra dentro del círculo de autores idóneos del delito de cohecho.

El artículo 260 del Código Penal ofrece una definición amplia de “empleado” para los efectos del título V “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”, bajo el cual se tipifican las distintas modalidades de cohecho en los artículos 248 y siguientes. El concepto de empleado que consagra la ley es amplio e incluye, en lo esencial, a *“todo el que desempeñe un cargo o función pública”* en algún órgano del Estado, *“aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado”*, para finalizar agregando que *“no obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”*.

Desde una perspectiva jurídico penal, a diferencia del punto de vista del derecho administrativo, la calidad de empleado público no pasa por las formalidades de elección o de nombramiento de la persona sino de la función pública que desempeña, de modo que se trata de un concepto funcional por contraposición a un concepto formal de funcionario público<sup>67</sup>. Además, para efectos penales, los conceptos de “empleado” y “funcionario” son completamente equivalentes, entendiéndose que incluso las autoridades políticas como el Presidente de la República, los parlamentarios, alcaldes, etc., caben dentro de este concepto, lo que quedaría demostrado por el hecho de incluirse expresamente a quienes desempeñan cargos de elección popular que normalmente no son llamados “empleados públicos”<sup>68</sup>.

En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha afirmado que son autores idóneos del delito de cohecho “todos los que cumplen tareas en el sector público –y no tan solo en la Administración de Estado– con el solo requisito de prestar

---

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, Op. cit., nota N° 2, p. 123.

<sup>68</sup> ETCHEBERRY. Op. cit., nota N° 1, p. 206. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, op. cit., nota N° 2, p. 123.

servicios en un órgano del Estado, aun ajeno al Poder Ejecutivo”<sup>69</sup>. De esta forma, no hay duda que los parlamentarios son empleados públicos en la medida en que desempeñan una función pública en un organismo del Estado como lo es el Congreso Nacional.

### **2.3.2. Noción de cargo público y función parlamentaria**

Para esclarecer la noción de cargo público en relación con el tipo penal en comento puede resultar útil la referencia a la discusión en torno al sentido preciso de lo que debe entenderse por “acto propio del cargo” en los términos del artículo 248 del Código Penal. Una primera interpretación sostiene que solo comprenden “aquellos cuya realización obedece al ejercicio de las funciones públicas, debiendo descartarse los actos que no pertenecen a la esfera de atribuciones del empleado”<sup>70</sup>. Una postura distinta, en tanto, postula que se comprenden aquellos actos que “guarden relación con las actividades públicas que este realiza [el empleado], pudiendo ejecutarlos con facilidad por la función que desempeña, pero sin que sea necesario que su ejecución corresponda específicamente al ámbito de su competencia”<sup>71</sup>. Bajo nuestra legislación, y según el esquema conceptual de la corrupción aquí defendido, la primera interpretación resulta mejor fundada<sup>72</sup>.

En virtud de lo anterior, por consiguiente, lo fundamental es constatar que la noción de “cargo” hace referencia a un específico ámbito de competencias, atribuciones y deberes de un funcionario público, que se configura en base a las disposiciones normativas que regulan los distintos cargos públicos. El cargo parlamentario, por tanto, no es la excepción desde que sus potestades y competencias están normativamente configuradas en distintas disposiciones de la Constitución Política de la República (CPR), la Ley 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (LOC Congreso) y los reglamentos internos de ambas cámaras.

---

<sup>69</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 2321-2007, de 19 de mayo de 2008.

<sup>70</sup> RODRÍGUEZ y OSSANDÓN. Op. cit., nota N° 2, p. 338.

<sup>71</sup> *Ibíd.*

<sup>72</sup> En este sentido, ARTAZA, op. cit., nota N° 32, p. 327, MAÑALICH, op. cit., nota N° 55, p. 111, OLIVER, op. cit., nota N° 10, p. 101 y RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, op. cit., nota N° 2 p. 338.

La propia Ley Orgánica Constitucional del Congreso entiende por función parlamentaria “todas las actividades que realizan senadores y diputados para dar cumplimiento a las funciones y atribuciones que les confieren la Constitución y las leyes. Ella comprende la tarea de representación popular y las diversas labores políticas que llevan a cabo aquellos y los comités parlamentarios” (art. 66 inc. 2° LOC Congreso).

De esta forma, resulta claro que la función principal -tratándose de los parlamentarios- es de índole política y supone dos cuestiones distintas pero interrelacionadas: la representación popular (arts. 5, 47 y 49 CPR) y la concurrencia a la formación de la ley (art. 46 CPR), incluyendo por cierto, la aprobación o rechazo de los tratados internacionales (art. 54 CPR). En consecuencia, es en ejercicio de su cargo que los parlamentarios pueden presentar proyectos de ley a través de mociones y participar en la tramitación interna de la ley fundamentalmente a través de su voto en las distintas instancias, pero también mediante sus intervenciones en las discusiones (generales o particulares, en sala o en comisiones), además de la formulación de indicaciones a los proyectos.

El cargo de parlamentario también abarca otro tipo de funciones políticas que no se vinculan necesariamente a la formación de la ley (p.ej. art. 53 N° 5, art. 54 N° 2, ambos de la CPR), así como funciones que no son propiamente políticas como la fiscalización de los actos de Gobierno por parte de los diputados (art. 52 N°1 CPR), la función jurisdiccional del Senado en ciertos casos (art. 53 N°1, 2 y 3 CPR) y otras funciones administrativas y de organización interna del Congreso (p.ej. art. 68 LOC Congreso Nacional).

Todas estas potestades, en definitiva, configuran el ámbito de competencias de los parlamentarios que razonablemente puede subsumirse bajo el concepto de cargo de los arts. 248 y ss. del Código Penal.

### **2.3.3. ¿Incompatibilidad entre el delito de cohecho y el cargo de parlamentario?**

#### **2.3.3.1. La supuesta incompatibilidad entre el concepto de empleado público y la función parlamentaria**

En contra de la opinión mayoritaria, García Palominos sostiene que existiría una incompatibilidad entre los supuestos de financiamiento ilegal de parlamentarios y las hipótesis típicas de cohecho, sobre la base de dos planteamientos que discutiremos a continuación: el primero, relativo a una interpretación restrictiva del concepto de “empleado público” y, el segundo, concerniente al contenido de injusto del cohecho conforme al cual no todo empleado público sería autor idóneo de del mismo<sup>73</sup>.

El académico plantea que el concepto de empleado público del artículo 260 CP puede abarcar los cargos de elección popular –como parlamentarios, alcaldes y concejales– pero solo cuando ejerzan funciones sometidas al control de la administración y tengan la representación del Estado en el ejercicio de sus facultades<sup>74</sup>. Concluye que “los parlamentarios –sea diputado o senador–, al menos con relación a la potestad legislativa y política (no así la administrativa), no reúnen todas las cualidades sobre las que se ha construido el concepto de funcionario público del artículo 260 CP”<sup>75</sup>.

De acuerdo con su argumentación, la definición del artículo 260 del Código Penal se ha establecido para ser aplicada respecto de los delitos del título V y del párrafo IV del título III, ambos del libro II del Código Penal, los que estarían vinculados con la función pública “interna” de la administración estatal que entonces exigiría que el funcionario detente una “posición especial en la administración, gestión pública o ejecución de políticas públicas en la administración del Estado (gestión de intereses del Estado), independiente del poder del Estado de que se trate y del origen del cargo o función”<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Véase GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. Incompatibilidad del financiamiento ilegal de la actividad parlamentaria con el delito de cohecho. *Política Criminal* 14(27):122-172, julio 2019.

<sup>74</sup> *Ibíd.*, p. 143.

<sup>75</sup> *Ibíd.*

<sup>76</sup> *Ibíd.*, p. 139.

En consecuencia, según el autor, el concepto de empleado público no sería un constructo omnicomprendivo sino solo uno amplio que permitiría al legislador adecuarse a las distintas hipótesis delictivas que la legislación desvalora, las cuales necesariamente estarían referidas a sujetos vinculados funcionalmente con la Administración del Estado y su gestión pública<sup>77</sup>.

Sin embargo, frente al argumento planteado por el autor se podría formular la siguiente objeción: no es efectivo que de la descripción típica del cohecho se desprenda inequívocamente el tipo de función que el empleado público debe desempeñar en términos tales que necesariamente quede restringido a labores “internas de gestión o administración”.

Lo anterior puede comprobarse al revisar la antigua regulación de la así llamada “prevaricación cohecho” del artículo 223 N° 2 del CP, según la cual se sancionaba a los funcionarios (miembros de tribunales de justicia) que “por sí o por interpuesta persona admitan o convengan en admitir dádiva o regalo por hacer o dejar de hacer algún acto de su cargo”. Pues queda en evidencia que no era más que una forma específica de cohecho agravada en atención a la función jurisdiccional afectada. Actualmente, luego de la modificación legal en virtud de Ley N° 21.121 de 2018 que suprimió el N° 2 del 223 referido, no existe impedimento alguno para que esa conducta sea subsumida bajo alguna modalidad de cohecho de los artículos 248 y siguientes<sup>78</sup>.

La constatación anterior demuestra que, tratándose del cohecho, no existe una supuesta restricción del tipo penal a una cierta función de administración, gestión o ejecución como propone García Palominos. Por el contrario, queda de manifiesto que para los efectos de este tipo penal solo importa que se trate del ejercicio de una función o cargo público, con total independencia de si dicha función es una manifestación de la actividad legislativa, administrativa o judicial del Estado. Esta

---

<sup>77</sup> *Ibíd.*, p. 140.

<sup>78</sup> ETCHEBERRY. *Op. cit.*, nota N° 1, p. 216, afirmaba en relación con la norma suprimida que “esta misma conducta aparece sancionada más adelante por el Código en el párrafo 9°, que trata del delito de cohecho, de tal modo que si no existiera el precepto que examinamos, esta conducta sería punible a este último título”.

última interpretación, por lo demás, parece correcta desde una perspectiva teleológica, porque se adecúa mejor al bien jurídico protegido que no distingue entre los ámbitos específicos de la función pública.

### **2.3.3.2. La supuesta incompatibilidad entre el injusto típico del cohecho y la función parlamentaria**

El principal argumento de García Palominos, sin embargo, pasa por sostener que la específica configuración del injusto de los tipos penales vinculados al concepto de empleado público puede ampliar o limitar el alcance de este último, en términos tales que no todo empleado público pueda ser autor idóneo de los referidos delitos<sup>79</sup>. En este sentido, tratándose del cohecho, afirma que las exigencias propias de su injusto típico serían tan altas que limitarían el concepto del artículo 260 del Código Penal habida consideración de que dicho delito solo estaría referido a empleados públicos con ciertos deberes específicos<sup>80</sup>. El injusto del cohecho supondría la defraudación de un mandato legal o estatal, por parte de un sujeto a quien se le ha delegado un poder del Estado para gestionar sus funciones ejecutivas conforme a los intereses generales, por la vía de solicitar o aceptar un beneficio para desviar su función<sup>81</sup>.

A su vez, el injusto del cohecho se expresaría en el concepto de “cargo” al que aluden los artículos 248 y ss. del Código Penal, razón por la cual habría que interpretarlo de manera restringida como referido únicamente a titulares de deberes emanados de un mandato legal que los ubica en una posición de deber en favor del Estado<sup>82</sup>. Desde este punto de vista, por consiguiente, la actividad político-legislativa de los parlamentarios no resultaría cubierta por el delito de cohecho por emanar de un mandato popular que supone la adopción de decisiones no controlables sustantivamente<sup>83</sup>. Por contrapartida, aquellas funciones no propiamente políticas de los parlamentarios desarrolladas en torno a un mandato legal (funciones fiscalizadoras,

---

<sup>79</sup> GARCÍA PALOMINOS. Op. cit., nota N° 73, p. 144.

<sup>80</sup> *Ibíd.*

<sup>81</sup> *Ibíd.*, p. 145.

<sup>82</sup> *Ibíd.*

<sup>83</sup> *Ibíd.*, p. 146.

jurisdiccionales, de organización interna, etc.) –las cuales, en consecuencia, se rigen por ciertos parámetros definidos por la Constitución, la ley o la autoridad y son susceptibles de control– sí serían abarcadas por el injusto típico del cohecho<sup>84</sup>.

De esta manera, el autor concluye que desde una perspectiva “valorativa” la realización del cohecho requeriría, primero, estar referido a un ámbito de la administración del Estado cuya funcionalidad dependa del cumplimiento de deberes del funcionario (de representación o de ejecución de políticas); segundo, de un funcionario mandatado por el Estado para representar su voluntad que comercialice esa representación de voluntad estatal; y, tercero, un particular que incentive la modificación, en su favor, del mandato del funcionario de representar la voluntad del Estado a cambio de una promesa económica<sup>85</sup>.

La premisa fundamental del autor que le permite sostener dicha interpretación pasa por considerar que el bien jurídico protegido por el cohecho es la preservación de la voluntad estatal ante falsedades de contenido que afectan la capacidad de funcionamiento de la administración; de esta forma, el injusto específico se radica en la defraudación un mandato estatal el que, a su vez, se concreta en la desviación del poder que el Estado ha delegado en un funcionario a cambio de un beneficio privado<sup>86</sup>.

Tal como se ha señalado más arriba, la idea de falseamiento de la voluntad estatal como objeto de protección del cohecho parece insuficiente y carente de rendimiento explicativo, puesto que no logra dar cuenta de aquellas hipótesis típicas de cohecho en que no existe falsedad, incorrección de contenido o desviación alguna en el actuar del funcionario público, tal como en los supuestos de los incisos 1° y 2° del artículo 248 del Código Penal.

---

<sup>84</sup> *Ibíd.*

<sup>85</sup> *Ibíd.*, p. 168.

<sup>86</sup> *Ibíd.*, p. 145. El autor afirma que “(...) el ámbito de protección del delito de cohecho es la capacidad de funcionamiento de la Administración del Estado, así como la confianza en dicho funcionamiento, entendidos, como decía Welzel, como la garantía del Estado al ciudadano de que, al interactuar con un servidor público, este no será ‘comprable’ y, por lo mismo, no podrá falsificar la voluntad de los órganos del Estado”.

Además, esta perspectiva presupone restringir el ámbito de protección del cohecho a funciones administrativas en sentido estricto, en circunstancias que no existe impedimento alguno para entender que los parlamentarios son empleados públicos en los términos del artículo 260 del Código Penal ni que la función parlamentaria puede subsumirse íntegramente en la noción de cargo al que aluden las distintas variantes del delito de cohecho.

Las consideraciones anteriores debieran bastar para descartar el planteamiento de García Palominos, pues sin referencia teleológica a la supuesta “voluntad estatal resguardada” por el cohecho, pierde sustento la idea según la cual las funciones político-legislativas de los parlamentarios debieran ser excluidas del concepto de “cargo” bajo el argumento de que la naturaleza de esas funciones no coincide con la lógica de las funciones delegadas por el Estado a los funcionarios. Pues si se considera que el objeto de protección del cohecho es, conforme a lo sostenido en este trabajo, el correcto desempeño de la función pública, no existe impedimento alguno para entender abarcadas las funciones parlamentarias en plenitud bajo la noción de cargo público.

No obstante, cabe referirse igualmente al argumento sostenido por el autor en comentario, relativo a la especial naturaleza de las funciones políticas –que la diferencian de las funciones administrativas– en términos tales que este ámbito de decisión no resulta controlable por su mérito, oportunidad y conveniencia y, en consecuencia, no pueden calificarse como “infracciones a deberes” ni “desviación del mandato estatal”<sup>87</sup>, aspecto supuestamente esencial para la configuración del tipo. En contra de esta postura existen buenas razones para afirmar que la controlabilidad sustantiva de la decisión, la idea de infracción a deber y la desviación de funciones son completamente innecesarias desde el punto de vista del cohecho, tal como lo demuestra la tipificación de las dos variantes de cohecho del artículo 248 del Código Penal.

Desde el punto de vista de la estructura típica del cohecho, entendido como delito de corrupción, el contenido de injusto se encuentra en la generación de una

---

<sup>87</sup> GARCÍA PALOMINOS. Op. cit., nota N° 73, p. 147.



incompatibilidad de intereses a causa de una vinculación irregular del ejercicio de un poder público de decisión con una ventaja<sup>88</sup>. Las dos variantes del citado artículo 248 aseguran las condiciones elementales bajo las cuales se ejerce el poder público de decisión de modo que no tengan cabida ventajas no fundamentadas objetivamente, con total independencia de si esas ventajas influyen en la decisión<sup>89</sup>. La mera vinculación de intereses incompatibles es ya la forma específica de agresión que menoscaba la función pública. Por esta razón, es acertado afirmar que el delito de cohecho es un delito de peligro abstracto en tanto asegura que los motivos del que decide no estén influenciados por ventajas inconexas<sup>90</sup>.

Como puede desprenderse, la marca de ilicitud del cohecho aparece ya en el proceso de toma de decisión y no en el resultado del mismo, y por eso son irrelevantes los criterios sustantivos conforme a los cuales se juzgue (“controle”) una decisión en términos de si infringe o no ciertos deberes o si en definitiva se desvía o no la función. Pues en la medida en que se genere una *vinculación contraria a los intereses representados*, entonces el representante deja de cautelar los intereses que representa, incurre en una deslealtad y, en definitiva, si el acto resulta conforme a los intereses representados se vuelve una cuestión meramente contingente<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> KINDHÄUSER. Op. cit., nota N° 11, p.7.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 10.

<sup>90</sup> *Ibíd.*

<sup>91</sup> GREEN. Op. cit., nota N° 51, p. 272, afirma lo siguiente: “El deber de lealtad que L tiene respecto a sus principales no es tomar una decisión u otra, sino tomar decisiones que *comulguen* con el interés de sus principales. Si L acepta dinero de un tercero para hacer un acto acorde a los intereses de éste, pero también, casualmente, resulte acorde a los intereses de su principal, es difícil entender cómo podría decirse que L ha sido leal a este último”.

### 3. COHECHO Y FINANCIAMIENTO PRIVADO DE CAMPAÑAS ELECTORALES

#### 3.1. Algunas consideraciones sobre las campañas electorales

En general se afirma que las campañas electorales se encuentran a la base de las democracias representativas y son la manifestación más clara de la competencia política<sup>92</sup>. Se trataría de un proceso esencial para las democracias, ya que a través de estas los diversos proyectos políticos que buscan acceder a los cargos de representación tienen la posibilidad de darse a conocer a los ciudadanos a fin de que estos decidan y expresen sus preferencias al momento de la elección. Al margen de las dudas que se han planteado acerca de su condición de “elemento esencial” para el proceso democrático<sup>93</sup>, lo cierto es que se trata de una realidad fuertemente arraigada en las democracias contemporáneas.

El financiamiento privado de campañas políticas se muestra como una consecuencia inevitable del sistema –al menos bajo la configuración actual de las campañas electorales– habida consideración de los elevados costos que supone el despliegue de este tipo de actividades en el marco de los procesos eleccionarios<sup>94</sup>. Por esta razón, atendido el vínculo entre dinero y política, uno de los objetivos centrales de toda regulación legal de campañas electorales es proteger el proceso democrático del fenómeno de la corrupción.

La experiencia norteamericana demuestra que, al menos desde los años setenta, han existido fundamentalmente dos aproximaciones a la regulación del financiamiento de

---

<sup>92</sup> CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL CONTRA LOS CONFLICTOS DE INTERÉS, EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y LA CORRUPCIÓN. Informe final [En línea] Santiago de Chile, 2015, p. 65 <[www.consejoanticorrupcion.cl/informe](http://www.consejoanticorrupcion.cl/informe)> [consulta: 25 de octubre de 2019].

<sup>93</sup> THOMPSON, dennis. Two Concepts of Corruption: Making Campaigns Safe for Democracy. *The George Washington Law Review* (73):1036-1069, 2005, p. 1049 y ss.

<sup>94</sup> AGOSTINI, Claudio. Financiamiento de la política en Chile. Campañas electorales de 2009-2010. En: Díaz, Francisco y Sierra, Lucas (Eds). Democracia con Partidos. Informe para la reforma de partidos políticos en Chile. Santiago, CEP/CIEPLAN, 2012, p. 269 y ss.

campañas y partidos políticos<sup>95</sup>. Una primera aproximación vinculada al debate de la así denominada *campaign finance reform*, sustentada en un discurso de tradición constitucionalista que pone el foco en los factores políticos y democráticos asociados a la corrupción y que se traduce normativamente en reformas estructurales de la regulación electoral y constitucional en materias relativas, por ejemplo, al sistema de financiamiento público, limitación del ingreso y gasto electoral, sistemas administrativos de sanción y control, entre otras. Una segunda aproximación, en tanto, se centra en la respuesta jurídico penal ante el fenómeno de la corrupción, de modo que la discusión gira en torno al delito de cohecho como el parámetro que permite distinguir las conductas corruptas de la legítima actividad política en el marco de una democracia.

Ambas perspectivas, en realidad, reflejan distintos aspectos del fenómeno por lo que, lejos de ser incompatibles, lo cierto es que desde el punto de vista de la regulación la perspectiva *reformista* suele también incorporar disposiciones penales de manera residual como una forma de reforzamiento de las normas electorales respectivas. El caso chileno es especialmente ilustrativo en este sentido, pues la reforma electoral llevada a cabo mediante la Ley N° 20.900 de 2016 “para el fortalecimiento y transparencia de la democracia” no solo modificó las normas regulatorias relativas al financiamiento electoral –tanto público como privado– sino que estableció sanciones penales específicas en relación con el incumplimiento de aquellas normas<sup>96</sup>.

### **3.2. ¿Se puede diferenciar entre una legítima contribución a una campaña política y el cohecho (art. 248 del Código Penal)?**

El problema fundamental que se genera en este ámbito desde una perspectiva jurídico penal tiene que ver con la frontera de la legalidad en contextos electorales entre la

---

<sup>95</sup> MAROTO CALATAYUD, Manuel. La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político criminal. Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 163-175.

<sup>96</sup> Para una revisión de los mismos véase: TORRES FIGUEROA, Angélica. Los tipos penales creados por la Ley N° 20.900 para el fortalecimiento de la democracia. Ofrecimiento, otorgamiento, solicitud y obtención indebida de aportes electorales; destinación indebida de aportes electorales; entrega de antecedentes o certificación de hechos falsos al Servicio Electoral. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (68):25-53, diciembre 2016.

legítima donación a campañas políticas y los comportamientos ilícitos constitutivos de cohecho.

La pregunta por la corrupción y específicamente por el cohecho se hace absolutamente necesaria tratándose del financiamiento privado de campañas políticas en relación con el establecimiento de un límite claro entre los aportes económicos legítimos y aquellos que podrían ser constitutivos de cohecho. Pues, pareciera ser que la incompatibilidad de intereses –núcleo de la corrupción– resulta inherente al financiamiento privado de campañas políticas. En efecto, el aporte económico de un particular –que puede considerarse una “ventaja” o “beneficio”<sup>97</sup>– está vinculado al eventual desempeño del candidato en el ejercicio de una función pública en caso de ser elegido.

Uno de los objetivos fundamentales de las campañas electorales es precisamente la difusión de las ideas y del proyecto político de los candidatos que, en definitiva, se traduce en un programa legislativo con acciones más o menos concretas. Se trata, en otras palabras, de un conjunto de promesas que involucran necesariamente actos propios del cargo, como sería –por ejemplo– votar a favor o en contra de determinados proyectos de ley.

Por contrapartida, los ciudadanos pueden manifestar su apoyo político a los candidatos de su preferencia, cuando menos de dos formas: con su voto al momento de la elección y a través de financiamiento de la campaña electoral. Cualquiera sea el caso, esa manifestación de apoyo político debiera fundarse –en teoría– en ese conjunto de promesas que se materializa en el programa legislativo, es decir, tanto el voto como el aporte a la campaña se realizarían en consideración a los actos que el candidato promete realizar en caso de ser electo.

De esta forma, la práctica política en contextos electorales supone el despliegue de los candidatos en orden a recaudar fondos privados para financiar sus campañas. Cabría imaginar que una parte de ese financiamiento se obtendrá de ciudadanos que espontáneamente contribuyan a campañas de candidatos determinados sin ningún tipo

---

<sup>97</sup> MAÑALICH. Op. cit., nota N° 55, p. 119-120.

de contacto o acercamiento previo o posterior con el mismo, basados únicamente en factores tales como su afiliación política, el mérito del programa político, el desempeño anterior del candidato (en caso de que vaya a la reelección), etc. En esta constelación de casos, ahora bien, el riesgo de que se configuren hipótesis subsumibles bajo el tipo penal del cohecho es nulo, puesto que no existe vínculo remuneratorio alguno entre el beneficio económico otorgado y el acto propio del cargo. En la terminología aquí empleada, podríamos decir que se trata no de una propuesta o aceptación de celebrar una donación remuneratoria sino de una donación pura y simple.

Sin perjuicio de lo anterior, la recaudación de fondos electorales también va a requerir de los candidatos que salgan a buscar financiamiento, cuestión que necesariamente implicará contacto directo con ciertas personas o grupos de interés. Esta constelación de casos constituye el núcleo central del problema, porque existe una alta probabilidad de que en dichos contextos las conductas realizadas por los intervinientes, aun las más comunes, sean constitutivas de cohecho. En este sentido, es esperable que en la gran mayoría de los casos, tanto candidatos como donantes entiendan de manera inequívoca que los aportes solicitados, aceptados, ofrecidos o prometidos se hacen en razón de una actitud del candidato –futura o pasada– favorable a los intereses de los aportantes o, incluso, de manera más específica, en razón del compromiso –prometido o demostrado– que el candidato asume en relación con ciertos actos propios del cargo.

Esta dificultad para distinguir entre una contribución legítima a una campaña electoral y el delito de cohecho resulta problemática en la medida en que con ello se criminalizan conductas inherentes no solo al financiamiento privado legítimo en nuestro sistema electoral sino a la actividad política en general propia de una democracia representativa.

En el marco del sistema electoral el delito de cohecho se muestra como un elemento que desincentiva el contacto entre candidatos y ciudadanos dispuestos a contribuir a campañas políticas. En efecto, mientras más específicas sean las conversaciones entre candidatos y eventuales financistas, mientras más comunique el candidato sus posturas así como los eventuales aportantes expresen sus preocupaciones e intereses

en relación con la postura del candidato sobre determinados asuntos, mayor será el riesgo de realizar las hipótesis típicas del delito de cohecho. Y esta situación no parece justificada en un sistema en que se permite el financiamiento privado de campañas que necesita de esa comunicación para que los ciudadanos puedan apoyar, mediante donaciones a campañas políticas, a los candidatos que efectivamente los representan.

En igual sentido, la estructura misma de una democracia representativa supone que los representantes necesitan conectar el apoyo político que reciben de los ciudadanos con la labor que ellos realizan y, asimismo, que los ciudadanos cuentan con la libertad de destinar sus recursos económicos para apoyar a los candidatos de su preferencia<sup>98</sup>, de modo que “los representantes actúan por, o incluso a cambio de, apoyo político incluyendo aportes a campañas”<sup>99</sup>. De esta forma, el problema radica, precisamente, en que el tipo de intercambios que podrían generarse en el marco del financiamiento privado a campañas no resulta muy distinto a muchos otros tipos de acuerdos que se generan en política, sin los cuales la vida política difícilmente podría subsistir: si tú votas por mi proyecto, yo votaré por el tuyo; si tú recaudas fondos para mi campaña en las primarias yo te daré mi apoyo en la elección general, etc.<sup>100</sup>.

En orden a ejemplificar lo planteado hasta ahora, cabe tomar en consideración los siguientes casos:

*Caso 1. El diputado K, conocido como un férreo opositor a la liberalización del aborto, ha lanzado su candidatura y va por la reelección. En este contexto, se reúne con integrantes de una organización “pro vida” para solicitar financiamiento para su campaña electoral.*

En el caso propuesto se plantea una situación común de búsqueda de financiamiento electoral, pues se podría esperar razonablemente que los esfuerzos de los candidatos apunten precisamente a aquellos ciudadanos que presumiblemente estarán

---

<sup>98</sup> THOMPSON. Op. cit., nota N° 93, p. 1043.

<sup>99</sup> *Ibíd.*

<sup>100</sup> *Ibíd.*

interesados en aportar económicamente a una campaña que represente sus visiones o intereses políticos. En principio, por tanto, podríamos decir que se trata de una situación absolutamente normal en el marco de una campaña electoral.

Sin embargo, los comportamientos descritos resultan constitutivos de cohecho antecedente de funcionario y, correlativamente, de particular. El cohecho antecedente es aquel en que el beneficio es solicitado o aceptado *para* la realización futura de un servicio funcional por contraposición al cohecho subsiguiente que se da en los casos en que el beneficio se solicita o acepta *por* un servicio funcional ya realizado<sup>101</sup>. En este sentido, el candidato que resulta ser funcionario público, realiza una solicitud expresa de un beneficio en la forma de un aporte económico a su campaña, por lo que la cuestión central pasa por determinar si esa solicitud está vinculada remuneratoriamente al desempeño futuro de la función en términos de que se realice “para ejecutar un acto propio de su cargo” (248 inc. 2°) o al menos “en razón de su cargo” (art. 248 inc. 1°).

En este sentido, todo indica que el vínculo requerido existe puesto que, aunque el candidato no lo mencione expresamente, del contexto se desprende inequívocamente que la solicitud se hace por referencia a una determinada agenda legislativa anti-aborto con la que el candidato afirma estar comprometido –esa es la razón por la que dirige sus esfuerzos a ese grupo en particular– de modo que es posible sostener que aquella solicitud de un beneficio económico se hace en consideración a la realización de una serie de actos propios del cargo (votaciones, intervenciones en la discusión, formulación de indicaciones, etc.) que el solicitante se muestra dispuesto a realizar y el solicitado espera se realicen.

Así, la lógica que subyace al caso 1 se corresponde exactamente con la estructura típica del cohecho: el candidato propone que se realice una donación que no es *gratuita* sino *remuneratoria* en la medida en que está vinculada a la realización de un servicio funcional futuro.

---

<sup>101</sup> RODRÍGUEZ y OSSANDÓN. Op. cit., nota N° 2, p. 323.

*Caso 2. Los integrantes de una organización “pro vida” se reúnen con el candidato K, férreo opositor a la liberalización del aborto y actual diputado que va a la reelección, para ofrecer financiamiento a su campaña electoral.*

Este caso es completamente análogo al caso anterior, salvo por el hecho de que son los eventuales contribuyentes quienes toman la iniciativa en términos de que ellos *ofrecen* un beneficio y no *consienten en dar* como en el caso 1; a su turno, el candidato no *solicita* el beneficio sino que, de ser el caso, lo *aceptaría*. Lo importante a destacar, sin embargo, es que desde este ángulo invertido la conexión remuneratoria se muestra de forma aún más clara: el ofrecimiento se hace para que el candidato, de ser electo, realice actos del cargo destinados a ejecutar la agenda legislativa anti-aborto, en términos tales que, de suprimirse la referencia a esto último, con toda seguridad el ofrecimiento no se realizaría.

*Caso 3. Los integrantes de una organización “pro vida” comunican a K, actual diputado que va a la reelección, que han aportado a su campaña electoral en consideración a la férrea oposición que demostró contra la ley de aborto en su mandato anterior.*

A diferencia de los casos 1 y 2, este supuesto resulta compatible con la descripción de un cohecho de particular (soborno) subsiguiente del artículo 250 en relación con el artículo 248 inciso 2° del Código Penal. Los integrantes de la organización *otorgan* un beneficio económico al candidato *por* haber realizado actos propios del cargo. Si el candidato acepta ese aporte económico –lo cual ocurrirá si no la rechaza dentro del plazo legal establecido en la Ley N°18.884 sobre transparencia, límite y control de gasto electoral– entonces a este también le cabrá responsabilidad por un delito de cohecho.

Ahora bien, debe señalarse que los tres casos propuestos asumen que el candidato se encuentra compitiendo por la reelección, esto es, para desempeñar en el futuro el mismo cargo que actualmente detenta de manera que no genera problema alguno de subsunción a la luz de los tipos penales descritos en el artículo 248 del Código Penal. En este contexto, cabe preguntarse si el resultado es el mismo tratándose de actuales



funcionarios públicos, sean o no de elección popular, que compiten ya no por la reelección sino por un cargo distinto. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un ministro de Estado o de un alcalde que busca ocupar un escaño en la Cámara de Diputados o un diputado que compite para ser senador.

La pregunta parece encontrar respuesta en la propia estructura típica del cohecho, pues tal como se ha señalado, el beneficio debe estar necesariamente referido a una posición de deber del funcionario en tanto que representante de intereses ajenos, es decir, debe estar referida específicamente al ámbito competencial del respectivo cargo. Esta idea es confirmada por el propio tenor literal del artículo 248 del Código Penal que alude a “un acto propio de *su* cargo” (inciso 2°) y “en razón de *su* cargo” (inciso 1°). De modo tal que todos aquellos actos que queden fuera del ámbito de atribuciones del funcionario por cuya realización se solicita o acepta un beneficio, no quedan comprendidos bajo el tipo penal. Esto explicaría por qué en los casos propuestos, si se tratara de alcaldes o de ministros de Estado que optan a un cargo en el parlamento, no podría venir en consideración el delito de cohecho.

En el caso del diputado que opta a senador, por el contrario, habría que distinguir dos situaciones. Por una parte, el caso en que el servicio funcional que el diputado promete para el evento en que sea electo como senador no queda comprendido bajo sus funciones actuales sino solo en las del nuevo cargo como senador. Aquí, todo indica que la solución es la misma que la antes señalada: no puede existir cohecho por no tratarse de un acto propio del cargo de diputado.

La cuestión parece ser diferente cuando el servicio funcional que se promete en caso de ser electo senador está comprendido dentro de las funciones que actualmente desempeña el diputado, pues en dicho caso sí se satisfacen los presupuestos del cohecho por tratarse de un acto (art. 248 inciso 2°) o desempeño genérico (art. 148 inciso 1°) propio de su cargo, con total independencia de que el servicio funcional en cuestión esté de hecho condicionado a una contingencia incierta como el resultado de una elección.

En efecto, el injusto típico del cohecho se caracteriza por la vinculación objetiva de una ventaja indebida con una posición de deber a causa de lo cual se genera una incompatibilidad de intereses; así, variables fácticas como la mayor o menor probabilidad de realización del servicio funcional o la efectiva influencia del beneficio sobre la decisión del funcionario son absolutamente irrelevantes. Pues, el delito de cohecho, según lo defendido aquí, es un delito de peligro abstracto, cuya misión es asegurar las condiciones básicas de existencia y desarrollo de la función pública, vale decir, garantizar que los motivos del que decide no estén influenciados por beneficios indebidos<sup>102</sup>.

### **3.3. Algunos criterios de delimitación: especial referencia a la discusión norteamericana**

Así planteado el problema, se advierte que la aplicación del delito de cohecho en sus hipótesis básicas (artículo 248 del Código Penal) resulta profundamente problemática en contextos electorales, porque pareciera abarcar conductas legítimas propias de la actividad política eleccionaria. La pregunta crucial a este respecto gira en torno a la posibilidad de establecer una frontera clara entre el legítimo financiamiento privado a campañas políticas y el delito de cohecho. Sin embargo, la experiencia comparada nos demuestra que aquello no es tarea fácil. Al respecto, la discusión estadounidense sobre el particular que se inició hace casi medio siglo puede resultar ilustrativa y otorgarnos ciertas luces para abordar el problema en Chile.

La ley federal de Estados Unidos contempla en el título 18 del U.S Code, en la sección 201 (“Bribery of public officials and witnesses”) las normas relativas al cohecho (“bribery”), subdistinguiendo entre el delito de soborno (§201, subsección (b) (1))<sup>103</sup>,

---

<sup>102</sup> KINDHÄUSER. Op. cit., nota N° 11, p. 11.

<sup>103</sup> **§201, subsección (b) (1):** “Whoever, directly or indirectly, corruptly gives, offers or promises anything of value to any public official or person who has been selected to be a public official, or offers or promises any public official or any person who has been selected to be a public official to give anything of value to any other person or entity, with intent:  
(A) to influence any official act; or

por un lado, y la aceptación de soborno por parte de un funcionario público (§201, subsección (b) (2))<sup>104</sup>, por otro. Asimismo, contempla un delito que podríamos traducir como gratificación ilegal (“unlawful gratuity” en la §201, subsección (c) (1))<sup>105</sup> que describe una forma menos grave de cohecho. En lo fundamental, ambos tipos penales comparten la estructura esencial de la corrupción pública en términos tales que describen una vinculación indebida entre un beneficio (“anything of value”) y algún acto del cargo (“any official act”) de un funcionario público (“public official”)<sup>106</sup>.

La principal diferencia radica en las exigencias subjetivas establecidas en cada caso. Por una parte, el cohecho tiene que ser cometido “corruptamente” (“corruptly”) a diferencia de la gratificación ilegal que prescinde de ese requisito. Por otro, en el primer caso, el beneficio debe ser ofrecido o solicitado con la “intención de influir” (“intent to influence”) o “ser influenciado” (“being influenced”), según corresponda, mientras que tratándose de una gratificación ilegal basta simplemente que el beneficio se realice “por o a causa de” (“for or because of”) un acto del cargo. Cabe apuntar, adicionalmente, que la gratificación puede estar referida tanto a la realización de un acto del cargo

---

(B) to influence such public official or person who has been selected to be a public official to commit or aid in committing, or collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or

(C) to induce such public official or such person who has been selected to be a public official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official or person”.

<sup>104</sup> **§201, subsección (b) (2):** “Whoever, being a public official or person selected to be a public official, directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity, in return for:

(A) being influenced in the performance of any official act;

(B) being influenced to commit or aid in committing, or to collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or

(C) being induced to do or omit to do any act in violation of the official duty of such official or person.”

<sup>105</sup> **§201, subsección (c) (1):** “Whoever, otherwise than as provided by law for the proper discharge of official duty:

(A) directly or indirectly gives, offers, or promises anything of value to any public official, former public official, or person selected to be a public official, for or because of any official act performed or to be performed by such public official, former public official, or person selected to be a public official; or

(B) being a public official, former public official, or person selected to be a public official, otherwise than as provided by law for the proper discharge of official duty, directly or indirectly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally for or because of any official act performed or to be performed by such official or person”.

<sup>106</sup> Para una revisión del cohecho político en la legislación estadounidense véase: LOWENSTEIN, Daniel. Political Bribery and the Intermediate Theory of Politics. *UCLA Law Review* (32):784-851, 1985.

pasado o futuro (“performed or to be performed”), en tanto el soborno solo a un acto futuro.

Desde ya cabe señalar que el delito de cohecho establecido en el artículo 248 inciso 2° del Código Penal chileno no se corresponde con los delitos de *bribery* y *acceptance of a bribe* de la ley federal norteamericana, sino, antes bien, con la así denominada *unlawful gratuity*. De acuerdo con la regulación extranjera incurre en el delito de gratificación ilegal:

“Quienquiera que (...) siendo funcionario público, exfuncionario público, o persona seleccionada para ser funcionario público, de forma distinta a la contemplada en la ley para el correcto cumplimiento de su deber funcionario, directa o indirectamente, demande, busque, reciba, acepte, o acuerde recibir o aceptar personalmente cualquier cosa de valor, por o a causa de, algún acto del cargo realizado o a realizar por tal funcionario o persona”.

El parecido entre ambos preceptos queda de manifiesto en el cuadro que se muestra a continuación:

<b>Cohecho (art. 248 inciso 2°)</b>	<b>Gratificación ilegal</b>
“Empleado público”	“Funcionario público, exfuncionario público, persona seleccionada para ser funcionario público”
“solicitare o acceptare recibir”	“directa o indirectamente demande, busque, reciba, acepte, o acuerde recibir o aceptar”
“mayores derechos” o “beneficio económico o de otra naturaleza”	“cualquier cosa de valor”
“para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo”	“por o a causa de algún acto del cargo realizado o a realizar”

<p>“mayores derechos de los que le están señalados en razón de su cargo” o “en razón del cual no le están señalados derechos”</p>	<p>“de forma distinta a la contemplada en la ley para el correcto cumplimiento de su deber funcionario”</p>
---	---

Con todo, pueden identificarse dos diferencias. Primero, en el caso chileno solo quien es actualmente funcionario público es autor idóneo del delito de cohecho, a diferencia del caso norteamericano que expande el ámbito de posibles destinatarios a ex funcionarios públicos y a quienes hayan sido nominados, designados u oficialmente informados de que serán nominados o designados para ser funcionarios públicos<sup>107</sup>. Segundo, el artículo 248 inciso 2° dispone que el funcionario debe solicitar o aceptar el beneficio “para sí o un tercero” mientras que en la gratificación ilegal el beneficio debe ser recibido “personalmente” por el funcionario<sup>108</sup>. Estas diferencias –y en particular la primera de ellas– no dejan de hacer pertinente la referencia a la discusión extranjera en la medida en que los casos problemáticos en ese contexto son precisamente aquellos en los cuales el candidato es actualmente funcionario público.

Hecha la precisión anterior, cabe mencionar que la controversia bajo la regulación estadounidense es, precisamente, la que se plantea bajo el derecho chileno expuesta aquí, esto es, la dificultad de definir parámetros que delimiten las prácticas corruptas sin que ello interfiera en la legítima actividad política, especialmente cuando se trata de contribuciones a campañas. En el contexto norteamericano el dilema ha sido planteado en los siguientes términos:

“Interpretar las leyes anti-corrupción de manera amplia y aplicarlas sin reserva a los aportes a campañas criminalizaría conductas que son comunes y corrientes y que muchos actores al interior del sistema político estadounidense están casi forzados a realizar. La exención de las contribuciones a campañas políticas de las

<sup>107</sup> 18 US Code §201, subsección (a) (2): “For the purpose of this section (...) the term “person who has been selected to be a public official” means any person who has been nominated or appointed to be a public official, or has been officially informed that such person will be so nominated or appointed”.

<sup>108</sup> En este punto el delito de cohecho (art. 248 inc. 2° CP) coincide con la descripción típica de la aceptación de soborno por parte de funcionario público (§201, subsección (b) (2)) la cual expresamente admite que el beneficio sea recibido “personalmente o por cualquier otra persona o entidad”.

leyes anti-corrupción no es aceptable políticamente, porque parecería legitimar conductas que la mayoría de los estadounidenses consideran corruptas”<sup>109</sup>.

Desde este punto de vista, la cuestión pasa por reconocer dos intereses en juego que deben ser conciliados: por un lado, la necesidad de sancionar la corrupción y, por otro, el debido respeto al derecho a participar en la vida política a través del financiamiento electoral. De esta forma, si se aplican los tipos penales relativos a la corrupción sin consideración alguna al contexto electoral se criminaliza conductas legítimas; por el contrario, si se exceptúa que los aportes a campañas puedan ser constitutivos de cohecho, entonces pareciera otorgar legitimidad a la corrupción. Así, la expectativa puesta en la regulación penal ha supuesto la búsqueda del equilibrio entre ambos intereses, lo que se ha traducido en ciertos criterios conforme a los cuales podamos diferenciar claramente la frontera de la legalidad en contextos electorales.

La jurisprudencia norteamericana ha tendido a adoptar una posición intermedia con el fin de delimitar un pequeño grupo de casos de contribuciones a campañas políticas como más claramente “corruptas” que otros, con base a una idea que se resume en el latinismo “*quid pro quo*”: la conducta corrupta supone un intercambio explícito entre aportante y candidato, de modo que solo habría cohecho si el aporte a la campaña es dado explícitamente a cambio de un acto propio del cargo<sup>110</sup>. En el caso de las gratificaciones ilegales, en tanto, el estándar del intercambio no habría estado dado por la explicitud como en el caso del cohecho, sino por la especificidad del acto del cargo<sup>111</sup>

La sentencia de mayor trascendencia tratándose de corrupción pública y que de alguna manera sienta las bases de la discusión es sin duda *United States v. Brewster*, dictada por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia (Washington D.C.) en 1974<sup>112</sup>. A

---

<sup>109</sup> LOWENSTEIN, Daniel. When Is a Campaign Contribution a Bribe. En: Hefferman, William y Kleinig, John. Private and public corruption. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2004, p. 131.

<sup>110</sup> *Ibíd.*

<sup>111</sup> WELCH, William. The Federal Statute and Special Interest Campaign Contributions. *The Journal of Criminal Law and Criminology* 79(4): 1347-1373, 1989, p. 1364.

<sup>112</sup> *United State v. Brewster*, 506 F.2d. 62 (D.C. Cir. 1974).

través de este fallo la Corte intentó articular una distinción entre contribuciones a campañas políticas legítimas e ilegítimas frente a un caso en que se imputaban cargos a un senador por cohecho y gratificaciones ilegales en relación con la solicitud o aceptación de pagos por parte de un lobista en la forma de aportes a su campaña electoral.

La Corte comenzó realizando una distinción entre el cohecho y la gratificación ilegal afirmando que el primero exige un mayor grado de conocimiento y propósito criminal que el segundo:

“La sección sobre el cohecho hace necesario un *quid pro quo* explícito que no necesita existir si solo se trata de una gratificación ilegal; el sobornador es el que mueve o el productor del acto del cargo, pero el acto del cargo por el cual la gratificación es dada podría haber sido realizado sin la gratificación, aunque la gratificación fue producida a causa del acto del cargo”<sup>113</sup>.

Cabe destacar que la influencia de esta sentencia fue decisiva, pues la discusión jurisprudencial posterior en torno al delito de cohecho –así como los delitos afines como la extorsión– y la posible solución para distinguirlo adecuadamente de aportes a campañas políticas ha estado centrada, precisamente, en la explicitud del acuerdo (“explicit quid pro quo”)<sup>114</sup>. Lo anterior, sin perjuicio de las críticas –probablemente acertadas– en contra de dicha vía de solución por resultar injustificada en la medida que la explicitud no altera en absoluto el injusto en cuestión<sup>115</sup>.

Ahora bien, en relación con el delito de gratificación ilegal –más pertinente para el análisis aquí esbozado– *Brewster* reconoce la dificultad que supone la aplicación de

---

<sup>113</sup> *Ibíd.*, p 72.

<sup>114</sup> Véase: LOWENSTEIN. Op. cit., nota N° 109, p. 138 y ss.; JORDAN, Brian. Disclosing bribes in disguise: Campaign contributions as implicit bribery and enforcing violations impartially. *Journal of Constitutional Law* 17(5):1435-1462,2015, p. 1441 y ss.

<sup>115</sup> EN este sentido, Thompson, “Mediated Corruption”, p. 374 citado por LOWENSTEIN, op. cit., N° 109, p. 151. También BURKE, Thomas. The Concept of Corruption in Campaign Finance Law. *Constitutional Commentary* (14):127-149, 1997, p. 137 y ss.

esa norma en contextos electorales y por tanto intenta trazar una distinción entre funcionarios electos y funcionarios designados (de la Administración):

“Todo aporte a una campaña es dado a un funcionario público electo probablemente porque el donante apoya los actos realizados o a ser realizados por el funcionario electo (...) luego [las gratificaciones ilegales], no pueden ser aplicadas a funcionarios electos, porque entonces no habría ninguna distinción, para el caso de un funcionario electo, entre una gratificación ilegal y una honesta y perfectamente legítima contribución a una campaña”.

Por lo anterior, la Corte elabora un estándar subjetivo supuestamente más estricto tratándose de funcionarios electos, referente al conocimiento del funcionario acerca de la especificidad del acto que se intenta compensar mediante la gratificación:

“Ningún político que conozca la identidad y los intereses comerciales de los contribuyentes de su campaña está completamente desprovisto de conocimiento acerca de la motivación detrás de la donación. Tiene que haber un conocimiento más específico de un acto del cargo determinado por el cual el contribuyente intenta compensar antes de que la acción de un funcionario cruce la línea entre la culpabilidad y la inocencia”.

Y finalmente agrega:

“(…) Acorde a la sección relativa a la gratificación, ‘de forma distinta a la contemplada en la ley...por o a causa de cualquier acto del cargo’ lleva consigo la idea de acto del cargo realizado de todas formas, pero el pago solo hecho a causa de un acto específicamente identificado, y con un cierto conocimiento culpable mejor definido por la Corte Suprema, i.e., ‘conociendo que el donante le estaba pagando una compensación por un acto del cargo...la evidencia del conocimiento del miembro [del congreso] de las presuntas razones ilícitas del sobornador para pagar el dinero es suficiente”.

En definitiva, en lo que nos interesa, para delimitar aportes legítimos a campañas y gratificaciones ilegales, se estableció un criterio subjetivo fundamentado en alguna



forma de *quid pro quo* por un acto específico y determinado del cargo<sup>116</sup>, bastando un simple conocimiento por parte del autor de la vinculación entre el pago y el acto específico del cargo<sup>117</sup>.

Este criterio de la especificidad del cargo fue más tarde confirmado por la muy relevante sentencia *United States v. Sun-Diamonds Growers of California*, dictada por la Corte Suprema en 1999. Aunque el caso no versaba específicamente sobre aportes a campañas, estableció un estándar general de aplicación de la norma que zanjó una cuestión debatida en la época relativa a la especificidad o no del acto del cargo en cuestión. La Corte Suprema descartó que el delito de gratificación ilegal incluyera casos en que el beneficio estuviera referido de manera genérica al cargo (“official position”) y por lo tanto exigió la prueba de un vínculo entre el referido beneficio y actos específicos del cargo (“specific official act”)<sup>118</sup>.

En perfecta concordancia con la jurisprudencia norteamericana, la jurisprudencia alemana ha reconocido un criterio similar<sup>119</sup>:

“[U]n funcionario no se hace punible por aceptación de ventaja si él nuevamente se presenta al cargo de elección popular actualmente ejercido por él, y a ser obtenido como resultado de elección directa, y para su reelección solicita, se deja prometer o recibe el apoyo financiero o de otra índole de un tercero, para sí o para el partido o la asociación de electores que representa, siempre que la exigencia solo deba servir o sirva a que él, tras resultar electo, ejerza el cargo de una manera que se corresponda con las representaciones generales, económicas o políticas, de quien aportara a la ventaja.

En cambio, si el funcionario se muestra dispuesto a adoptar o influenciar una concreta decisión a favor del aportante de la ventaja, que promueva los intereses

---

<sup>116</sup> WELCH. Op. cit., nota N° 111, p. 1364.

<sup>117</sup> THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. Campaign Contributions and Federal Bribery Law. *Harvard Law Review* 92(1): 451-469, 1978, p. 457.

<sup>118</sup> BROWN, George. The Gratuities and Campaign Reform: How Strong is the Link. *Wayne Law Review* (52): 1371-1413, 2006, p. 1379-1380.

<sup>119</sup> Sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, BGH 3 Str 301/03, citado por MAÑALICH, Op. cit., nota N° 55, p. 119.

de este, en caso de llegar a ser elegido, como contrapartida por el donativo de campaña, entonces él se hace culpable de una aceptación de ventaja (...)."

El criterio de especificidad o concreción del acto del cargo no resulta ser un criterio idóneo ni suficiente para resolver el problema presentado puesto que, aun con base en ese criterio, resulta perfectamente posible sancionar conductas que no debieran ser sancionadas por ser inherentes y esperables tratándose de financiamiento electoral, tal como lo demuestran los casos planteados más arriba. Probablemente el caso 3 antes mencionado, constitutivo de cohecho subsecuente bajo la regulación chilena, es el que mejor ilustra esta tensión, pues, como se ha afirmado, "el hecho de que un funcionario haya realizado un acto del cargo de manera conveniente es una razón perfectamente legítima para contribuir a la campaña de ese funcionario"<sup>120</sup>.

Ahora bien, el dilema parece ser aún más intrincado bajo el derecho penal chileno luego de la reciente incorporación del así llamado cohecho por la función, pues, incluso asumiendo que el criterio de especificidad reconocido por la jurisprudencia estadounidense y alemana tuviere alguna utilidad, este se vuelve absolutamente intrascendente bajo la descripción típica del inciso primero del artículo 248 del Código Penal. En efecto, la norma aludida simplemente exige la solicitud o aceptación de un beneficio "en razón del cargo". Esto quiere decir que no se requiere un acto propio del cargo ni ninguna actividad determinada por parte del funcionario como contrapartida al beneficio<sup>121</sup>.

### **3.4. Hacia una propuesta de solución**

La exposición anterior solo demuestra que la vía de solución centrada en interpretaciones del tipo penal más o menos estrictas están destinadas al fracaso, precisamente porque desde un punto de vista descriptivo no es posible diferenciar una contribución legítima de un delito de cohecho. Por esta razón, parece ineludible asumir que en la gran mayoría de los casos la interacción necesaria entre eventuales

---

<sup>120</sup> LOWENSTEIN. Op. cit., nota N° 109, p. 135.

<sup>121</sup> HERNÁNDEZ. Op. cit., nota N° 57, p. 26.

donantes a campañas y candidatos a cargos de representación supone una vinculación que puede ser descrita formalmente como constitutiva de cohecho.

No obstante lo anterior, todo el punto pasa por advertir la relevancia del contexto – electoral– para reconocer la legitimidad de esas conductas, a priori, delictivas. El supuesto para una correcta solución de la cuestión pasa por reconocer –en el mismo sentido que apunta la jurisprudencia estadounidense citada– que los actos a través de los cuales se materializa el financiamiento privado de campañas políticas comparte la misma estructura conceptual de la corrupción tratándose de candidatos incumbentes. Esta consideración habla en favor de abandonar cualquier intento de distinción basado en elementos de la tipicidad para abordar la problemática desde un nivel distinto: la (falta de) antijuridicidad.

Una aproximación desde la relación entre tipo penal y antijuridicidad da cuenta del problema de mejor manera, pues reconoce la legitimidad de un comportamiento que por regla general se encuentra prohibido –pagos a funcionarios públicos sean o no de elección popular– que son excepcionalmente permitidos en atención a un contexto determinado de campaña electoral. En este sentido, la propuesta interpretativa consiste en sostener que los aportes a campañas que puedan ser típicamente relevantes bajo la descripción del cohecho se encuentran plenamente justificados por tratarse del ejercicio legítimo de un derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 N° 10 del Código Penal.

Para la debida exposición del argumento resulta imprescindible, en primer término, justificar la existencia del derecho a vincular remuneratoriamente un beneficio con un cargo público (art. 248 inc. 1°) o con un acto propio del cargo (art. 248 inc. 2°), para luego, en segundo término, referirnos a las condiciones bajo las cuales dicho ejercicio será legítimo. En ambos casos, la justificación de la conducta debe ser configurada por referencia a la Ley N° 19.884, “Orgánica constitucional sobre transparencia, límite y control del gasto electoral”, que precisamente regula de manera comprensiva el financiamiento de las campañas electorales.

Lo primero que debe considerarse es que el financiamiento privado de campañas políticas es una actividad legítima debidamente regulada por la Ley N° 19.884. El financiamiento privado de campaña electoral se define como “toda contribución en dinero, o estimable en dinero, que se efectúe a un candidato o partido político (...), destinado al financiamiento de gastos electorales” (art. 9). Coherentemente, dispone que: “Podrán efectuar aportes a campañas electorales las personas que hayan cumplido 18 años de edad. (...)” (art. 10). A su vez, la ley define gasto electoral como “todo desembolso o contribución avaluable en dinero, efectuado por el precandidato en lo que corresponda, el candidato, un partido político o un tercero en su favor, con ocasión y a propósito de actos electorales” (art. 2).

Sobre la base de lo anterior es evidente que la ley faculta expresamente a toda persona mayor de edad a aportar a campañas políticas. Sin embargo, nada se dice explícitamente respecto del vínculo remuneratorio que pueda existir entre dicho aporte y el cargo o actos específicos del cargo. A lo largo de este trabajo parece haber quedado meridianamente claro que la realidad fáctica demuestra que el vínculo remuneratorio explícito o implícito podría estar presente, inevitablemente, en la gran mayoría de los aportes realizados a campañas electorales.

Así las cosas, cabe tener presente lo señalado por la doctrina en relación con la existencia del derecho en los términos del artículo 10 N° 10 del Código Penal: “El derecho existe cuando el orden jurídico faculta expresamente para la realización de actos típicos (...), o confiere una autorización de tal naturaleza, que ordinariamente ella deberá ejercerse a través de la realización de actos típicos. No podría invocar esta causal, en cambio, el que incendia su casa con el pretexto de ejercitar la facultad de ‘disposición’ que integra su derecho de dominio”<sup>122</sup>. La ley electoral no faculta expresamente a realizar actos constitutivos de cohecho (o, en otro sentido, no excepciona a las contribuciones a campañas de ser consideradas como beneficio para los efectos del cohecho), pero sí confiere una autorización a financiar campañas cuya

---

<sup>122</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte General, Tomo I. 3° Ed. Santiago, Editorial Jurídica, 2010, p. 244.

naturaleza *ordinariamente* conlleva la realización de acto típicos, según lo ya expuesto en el apartado anterior.

En un sentido similar, aunque no idéntico, se ha reforzado la idea anterior al agregarse que “[c]on todo no es necesario que la facultad aparezca expresamente establecida por la ley; la existencia de un derecho puede también deducirse de normas consuetudinarias o mediante una interpretación analógica; lo decisivo es el contexto del ordenamiento jurídico en su conjunto”<sup>123</sup>. En este sentido, parece razonable afirmar que el ámbito de licitud que reconoce el ordenamiento jurídico en materia de financiamiento electoral privado comprende no solo los aportes que puedan realizarse sin ningún tipo de contacto previo con el candidato (“donaciones puras y simples”), sino también aquellos que supongan algún tipo de vinculación, expresa o tácita, entre el aporte y el parlamentario en su calidad de candidato en relación con el desempeño genérico de su cargo o algún acto específico, pretérito o futuro, del mismo.

Las ideas anteriores quedan de manifiesto en el propio mensaje de la Ley N°19.884:

“La libertad política justifica, sin lugar a dudas, el derecho de los ciudadanos a contribuir al financiamiento de aquellas opciones políticas o ideológicas que sean de su preferencia, derecho que debe ser protegido y fomentado por la institucionalidad democrática (...).

Ningún sistema político democrático podrá mantenerse en el tiempo si carece de legitimidad al fundarse en perversas relaciones de soborno o extorsión, pues ninguna contribución es completamente gratuita. Por el contrario, incluso aquellas más desinteresadas donaciones persiguen la obtención de alguna ventaja personal, al menos moral.

Por ello, es dable sostener que mientras más cuantiosa sea la contribución, mayor será el beneficio que el "inversionista" aspire a obtener y, por lo tanto, más urgente establecer precisas regulaciones”.

---

<sup>123</sup> CURY, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 10° Edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, p. 382.

Un sistema de financiamiento electoral que contemple la posibilidad de realizar aportes privados asume necesariamente la existencia de un riesgo originado en la influencia monetaria que pueda generar la respectiva contribución. Por lo mismo, la lógica tradicional del cohecho que supone el establecimiento de condiciones elementales para el aseguramiento de decisiones estatales ajenas a cualquier tipo de influencias difiere de la lógica electoral que propende, antes bien, al establecimiento de regulaciones precisas que garanticen o al menos hagan menos probable que esa influencia (monetaria) se haga efectiva<sup>124</sup>.

En este punto vale la pena destacar que toda la discusión acerca de la eventual punibilidad de los aportes a campañas está circunscrita a los candidatos que fueren actualmente funcionarios públicos que compiten por la reelección. Tratándose de candidatos desafiantes, no existe prohibición alguna de vincular actos futuros propios del cargo a donaciones de particulares, lo que sugiere que el estatus de candidato permite legítimamente incurrir en dichas conductas bajo las condiciones establecidas en la propia ley electoral. En este sentido, parece acertado concluir que se desprende del propio ordenamiento jurídico un contexto de “excepcionalidad electoral” en que debe primar la calidad de candidato antes que la de funcionario público.

Ahora bien, para la correcta configuración de la causa de justificación no basta solo con el reconocimiento de la existencia de un derecho sino que, además, su ejercicio debe ser legítimo, “[e]sto significa que el derecho debe ejercitarse en las circunstancias y de la manera que la ley señala (...). Penalmente, el límite del ejercicio del derecho está dado por la propia ley y el derecho ajeno, no por la molestia ajena ni por la intención caprichosa o malévola del titular del derecho”<sup>125</sup>, de modo tal que “[c]on ella el legislador ha querido privar de justificación a quien se excede en el uso de sus facultades; de este modo se enfatiza la aserción de que todo derecho tiene un límite más allá del cual no existe como tal”<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Los conceptos tradicionales en relación con el cohecho parecen no ser idóneos para abordar la corrupción electoral. Véase: THOMPSON, op. cit., nota N° 93, p. 1036 y ss. y BURKE, op. cit., nota N° 115, p. 127 y ss.

<sup>125</sup> ETCHEBERRY. Op. cit., nota N° 122, p. 244.

<sup>126</sup> CURY. Op. cit., nota N° 120, p. 382.

Como es de esperar, la legitimidad en el ejercicio de este derecho, tanto de candidatos como de particulares, viene configurada por las condiciones establecidas en la propia ley electoral (19.884), de forma tal que las contribuciones a campañas políticas realizadas dentro del marco de esas exigencias –personas habilitadas para realizar aportes, límites máximos, oportunidad del aporte (dentro del periodo de campaña), transparencia y registro, etc. – deberán entenderse plenamente justificadas en caso de que puedan venir en consideración bajo el artículo 248 del Código Penal. Por el contrario, fuera de los límites de la ley, las conductas serán antijurídicas en atención, precisamente, a la ilegitimidad en el ejercicio del derecho respectivo.

Por cierto, lo anterior no implica sostener que el solo hecho de vulnerar alguna regla de financiamiento electoral realizará automáticamente la descripción típica de cohecho, puesto que, como es evidente, deberán verificarse todos y cada uno de los elementos típicos del mismo para ello.

## CONCLUSIONES

1. El objeto de protección del delito de cohecho regulado en los artículos 248 y siguientes del Código Penal chileno está referido al correcto desempeño de la función pública en cualquiera de sus dimensiones (administrativa, legislativa y jurisdiccional). La función pública se concreta en los ámbitos competenciales correspondientes a los distintos cargos públicos, en cuyo marco el funcionario ejerce un poder jurídico-público de decisión que debe ajustarse al principio de imparcialidad como una exigencia constitutiva de este bien jurídico en la medida en que este último se encuentra indisolublemente unido a la idea de representación y promoción del interés general.

2. El delito de cohecho puede ser conceptualizado como la manifestación paradigmática de lo que entendemos por corrupción en el ámbito público. Así, el contenido de injusto del cohecho se expresa, desde una perspectiva moral, como una forma de deslealtad del funcionario público frente a los intereses que representa por la vía de vincular su función a otros intereses; en otras palabras, ahora desde una perspectiva jurídica, en la generación de una incompatibilidad de intereses en el marco de una función de representación, todo lo cual puede ser entendido como una forma de agresión que menoscaba la imparcialidad que rige la función pública.

3. El esquema interpretativo que parece ser más promisorio para dar cuenta del comportamiento típico del delito de cohecho (arts. 248 y ss.) es el acuerdo ilícito entendido como la propuesta, sea del funcionario, sea del particular, de celebrar una donación remuneratoria por los servicios funcionariales realizados o por realizarse. Este enfoque permite relevar que solo el beneficio solicitado o aceptado puede venir en consideración como remuneración (contraprestación) por el servicio funcional y no a la inversa como se propone conforme al modelo del contrato sinalagmático.

4. Los parlamentarios son empleados públicos para los efectos del delito de cohecho conforme al artículo 260 del Código Penal y la función parlamentaria puede subsumirse bajo el concepto de cargo público al que aluden las distintas formas de cohecho de los artículos 248 y ss. del Código Penal, de manera tal que la naturaleza política de sus



funciones y la falta de controlabilidad sustantiva de sus decisiones no obstan a la realización del tipo, desde una perspectiva gramatical, teleológica y conceptual.

5. La aplicación del cohecho se vuelve problemática en contextos electorales respecto de parlamentarios –y correlativamente de los particulares– que compiten por la reelección y solicitan o aceptan contribuciones económicas a sus campañas políticas, puesto que la gran mayoría de esos comportamientos en principio lícitos son subsumibles bajo la descripción típica del cohecho. Los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales, particularmente en la discusión norteamericana, en torno al aquí denominado “principio de especificidad”, resultan insuficientes para impedir la punibilidad a título de cohecho de legítimos aportes a campañas electorales.

6. La solución al problema planteado pasa por abandonar el nivel de la tipicidad, debido a la imposibilidad de distinguir una contribución legítima a una campaña electoral de un delito de cohecho en la mayoría de los casos. Al enfocar la cuestión desde un nivel distinto, a saber, la antijuridicidad, resulta posible afirmar que los aportes a campañas políticas eventualmente constitutivos de cohecho podrían quedar justificados por referencia a la idea del ejercicio legítimo de un derecho (art. 10 N° 10 del Código Penal), en la medida en que dichos aportes se enmarquen en la Ley N°19.884, Orgánica constitucional sobre transparencia, límite y control del gasto electoral, en relación con el cumplimiento de todas las exigencias legales relativas al financiamiento privado de campañas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AGOSTINI, CLAUDIO. Financiamiento de la política en Chile. Campañas electorales de 2009-2010. En: Díaz, Francisco y Sierra, Lucas (Eds). Democracia con Partidos. Informe para la reforma de partidos políticos en Chile. Santiago, CEP/CIEPLAN, 2012, pp. 269-319.

ARTAZA, Osvaldo. La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en los delitos de cohecho. *Política Criminal* 11 (21): 307-339, julio 2016.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo y democracia. México D.F., Fondo de cultura económica, 1985.

BROWN, George. The Gratuities and Campaign Reform: How Strong is the Link. *Wayne Law Review* (52): 1371-1413, 2006.

BULLERMORE, Vivian y Mackinnon John. Curso de Derecho Penal. Parte Especial, tomo IV. 4° edición aumentada y actualizada. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2018.

BURKE, Thomas. The Concept of Corruption in Campaign Finance Law. *Constitutional Commentary* (14):127-149, 1997.

CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL CONTRA LOS CONFLICTOS DE INTERÉS, EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y LA CORRUPCIÓN. Informe final [En línea] Santiago de Chile, 2015, p. 65 <[www.consejoanticorrupcion.cl/informe](http://www.consejoanticorrupcion.cl/informe)> [consulta: 25 de octubre de 2019].

CURY, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 10° Edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

DE LA MATA, Norberto. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (17): 81-152, 2006.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General y Especial, Tomo I y IV. 3° Ed.* Santiago, Editorial Jurídica, 2010.

GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. Incompatibilidad del financiamiento ilegal de la actividad parlamentaria con el delito de cohecho. *Política Criminal* 14(27):122-172, julio 2019.

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte Especial, tomo III. 4° ed. actualizada.* Santiago, Editorial Jurídica, 2010.

GREEN, Stuart. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco.* Madrid, Marcial Pons, 2013.

GUZMÁN DALBORA, José Luis. Esencia y clases del cohecho político. *Cuadernos de política criminal* (106): 223-249, abril 2012.

HERNÁNDEZ, Héctor. La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho. *Revista de Ciencias Penales* 43 (4):15-28, 2016.

JORDAN, Brian. Disclosing bribes in disguise: Campaign contributions as implicit bribery and enforcing violations impartially. *Journal of Constitutional Law* 17(5):1435-1462,2015.

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* (3): 1-18, 2007.

KRIELE, Martin. Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980.

LOWENSTEIN, Daniel. Political Bribery and the Intermediate Theory of Politics. *UCLA Law Review* (32):784-851, 1985.

LOWENSTEIN, Daniel. When Is a Campaign Contribution a Bribe. En: Hefferman, William y Kleinig, John (coords). *Private and public corruption*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2004, pp. 127 - 172.

MAÑALICH, Juan Pablo. El chantaje como coacción. Una reconstrucción lógica de la distinción entre amenazas y ofertas condicionales. *DOXA* (41): 249-280, 2018.

MAÑALICH, Juan Pablo. El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (51):95-122, 2018.

MAROTO CALATAYUD, MANUEL. La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político criminal. Madrid, Marcial Pons, 2015.

OLIVER, Guillermo. Aproximación al delito de cohecho. *Revista de Estudios de la Justicia* (5): 83-115, 2004.

RODRÍGUEZ, José Luis. Delimitación del concepto penal de corrupción. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (25):339-359, 2004.

RODRÍGUEZ, José Luis. La función pública como objeto de tutela penal. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 1(26): 325-340, 2005.

RODRÍGUEZ, José Luis; OSSANDÓN, Magdalena. *Delitos contra la función pública*. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica, 2008.

THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. Campaign Contributions and Federal Bribery Law. Harvard Law Review 92(1): 451-469, 1978.

THOMPSON, DENNIS. Two Concepts of Corruption: Making Campaigns Safe for Democracy. The George Washington Law Review (73):1036-1069, 2005.

TORRES FIGUEROA, ANGÉLICA. Los tipos penales creados por la ley N° 20.900 para el fortalecimiento de la democracia. Ofrecimiento, otorgamiento, solicitud y obtención indebida de aportes electorales; destinación indebida de aportes electorales; entrega de antecedentes o certificación de hechos falsos al Servicio Electoral. Revista Jurídica del Ministerio Público (68):25-53, diciembre 2016.

WELCH, William. The Federal Statute and Special Interest Campaign Contributions. The Journal of Criminal Law and Criminology 79(4): 1347-1373, 1989.