



Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

Tesina de la carrera de Derecho:

“Bien jurídico y justificación político-criminal
del delito de cohecho en razón del cargo”

Autoras:

Javiera Fredes Ortiz

Elena Jaramillo Escobar

Profesor Guía:

José Luis Guzmán Dalbora

Valparaíso, Marzo 2020

Índice

Resumen.....	3
Introducción.....	3
Capítulo I: Bien Jurídico en el delito de cohecho en general.....	8
- Teorías sobre el bien jurídico en el delito de cohecho.	
1) Falseamiento de la voluntad estatal.....	9
2) Correcto funcionamiento de la Administración Pública.....	11
3) Imparcialidad de la función pública.....	27
4) Integridad de los medios personales de la Administración Pública.....	37
5) Toma de posición.....	39
Capítulo II: Justificación político criminal y bien jurídico en el cohecho en razón del cargo en particular.....	45
A. El problema político- criminal de este cohecho en particular.....	45
B. Su bien jurídico.....	55
C. Carácter de la ofensa.....	64
Capítulo III: Cuestiones técnicas de este delito.....	68
A. La falta de contraprestación funcional.....	68
B. Objeto material de delito (munuscula).....	74
C. Tentativa.....	85
Conclusiones.....	82
Bibliografía.....	96

Resumen

La presente investigación tiene por finalidad realizar un análisis pormenorizado del delito de cohecho en razón del cargo, recientemente incorporado a nuestro Código penal. Abordar y delimitar el bien jurídico que se tutela con el delito de cohecho en general, mediante un estudio de las distintas teorías que se presentan en la doctrina especializada. Luego, dicho análisis se ocupará del bien jurídico al cohecho en razón del cargo con las particularidades que presenta. Además, se reflexionará sobre las razones de política-criminal que fundamentan la tipificación de este cohecho. Por último, se examinarán aquellos aspectos técnicos del delito de cohecho en razón del cargo que merecen un estudio más acabado debido a sus implicancias en la aplicación de este tipo penal en nuestro país.

Palabras claves:

Delito de cohecho, Cohecho en razón del cargo, Bien jurídico, Justificación político- criminal, Corrupción, Administración pública.

Introducción

“La corrupción es sin duda la forma de criminalidad que atenta de manera más directa contra los principios del Estado social y democrático de Derecho, deslegitima la democracia, privatiza la ley, afecta las políticas económicas que fundamentan el Estado social y además destruye la confianza de todos los ciudadanos en el propio sistema”¹.

“La corrupción es uno de los fenómenos más graves que afecta los Estados de Derecho en la actualidad, pues supone el quebrantamiento de los principios esenciales sobre los que se asienta todo régimen democrático multiplicando la desigualdad, la arbitrariedad y la injusticia y

¹ Valeije Álvarez, Inmaculada. “*El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El Delito de Cohecho*”, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995, pág. 36.

minando así la confianza de los ciudadanos en sus instituciones. Desafortunadamente este fenómeno se ha extendido a todos los sectores de la sociedad y del Estado, invadiendo como una enfermedad la conciencia de particulares y servidores públicos”².

De este fenómeno en aumento Chile no ha quedado fuera, siendo en la última década la explosión masiva de casos de corrupción dentro de las instituciones que como se ha visto se venían arrastrando de años. Casos bullados como el “Pacogate”, el gasto ilegal de fondos reservados de las fuerzas armadas, caso “Penta” y el financiamiento ilegal de campañas políticas, han cubierto a nuestras instituciones con un manto de desconfianza. Desconfianza de parte de la ciudadanía, que pocas veces se había visto enfrentada a tal nivel de información respecto a la corrupción dentro de nuestro país, que gozaba de la fachada de uno de los países menos corruptos dentro de Iberoamérica, pues como es sabido los delitos de corrupción siempre suceden en el plano de lo clandestino y sólo involucran al corruptor y funcionario público, por lo cual “constituye uno de los delitos a los que más fácilmente puede atribuirse una elevada cifra negra de criminalidad”³.

“Se afirma con razón que la corrupción es una consecuencia de la codicia humana; la mayoría de los protagonistas de la gran corrupción administrativa, de aquellos acciones de mayor perversidad, y que producen negativos efectos en el tejido social, son ejecutados por personas que tienen sobrados medios económicos, y mejores niveles educativos”⁴. Por lo que este tipo de delitos se pueden considerar que son cometidos por aquellas capas sociales superiores y que están en posiciones ventajosas con respecto al común de la sociedad, por lo que su intención al cometer estos actos delictivos es mejorar aún más su posición dentro del entramado social, en desmedro de los principios rectores de la Administración pública, tales como la igualdad, imparcialidad y legalidad.

² Lombana Villalba, Jaime. *“La tipificación del tráfico de influencia y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública”*. Tesis Doctoral, Universidad de León, España, 2013, pág. 14.

³ Valeije Álvarez, op., cit., pág. 25.

⁴ Ídem, pág. 19.

Así, la corrupción se presenta como “un intercambio clandestino entre dos mercados: por una parte el mercado político o administrativo y, por la otra, el mercado económico o social, es decir, una transacción entre el corruptor y quien se deja corromper para la obtención de un provecho personal, que normalmente se traduce en contraprestación económica pero también puede consistir en otro tipo de ventaja”⁵.

Dicho intercambio, sin embargo en la figura de cohecho que nos prestamos a analizar se presenta con una particularidad, que es la creación por parte del corruptor de un ambiente dentro de la administración pública favorable a sus intereses, sin que sea necesaria la contraprestación por parte del funcionario público en lo absoluto, pues no se exige por el tipo penal en comento, acto ministerial alguno para cometer este tipo de cohecho.

Esta particularidad hace digna de análisis esta nueva figura de cohecho, llamada cohecho en razón del cargo o función, que fue incluida a nuestro ordenamiento jurídico recién con la reforma a nuestro Código penal de fines de 2018. Así, la Ley N° 21.121, de 20 de noviembre de 2018, introdujo modificaciones significativas a los delitos de corrupción del Código penal, con el propósito de prevenirlos, detectarlos y perseguirlos. El más tocado fue el cohecho.

La Ley N° 21.121 reformó la regulación del delito de cohecho en Chile, significó la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una nueva figura de cohecho totalmente ajena a nuestro sistema, donde siempre se reguló el delito de cohecho siguiendo una estructura donde el funcionario tenía que hacer o dejar de hacer un acto de su cargo, es decir el cohecho hasta antes de esta reforma tenía en nuestro sistema una estructura bilateral⁶.

El proyecto de ley se presentó el 6 de junio de 2016 con el objeto de modificar el Código penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción, “iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y

⁵ Ídem., pág. 15.

⁶ Cft. Guzmán Dalbora, José Luis, “*El delito de cohecho en Iberoamérica: sinopsis comparativa*”. Artículo inédito, 2019, pág. 9.

Larraín, con la que inician un proyecto de ley que modifica el Código Penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando las penas, tipifica los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal; y la ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica”⁷.

Así, es como dentro de la discusión parlamentaria se presentaron varias indicaciones que dieron como resultado la inclusión de este nuevo delito dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el cual no estaba dentro de los objetivos principales de los autores del proyecto de ley de reforma al cohecho, pues este principalmente buscaba el aumento de las penas del delito de cohecho en sus distintas modalidades existentes hasta ese momento en nuestro Código penal.

Este nuevo tipo penal de cohecho regulado actualmente en el párrafo 9°, Título V, artículo 248 del texto punitivo nacional⁸ presenta un serie de características que son dignas de análisis, como cuál es el bien jurídico protegido detrás de este delito, cuáles fueron las razones político-criminales que se tomaron en consideración para su incorporación en nuestro Código penal, entre otras particularidades.

El bien jurídico penal protegido en el delito de cohecho en general ha sido objeto de distintos análisis en la doctrina extranjera, en los cuales se puede encontrar variadas posturas acerca de cuál es este bien jurídico que se protege con el cohecho. Esta dificultad en la determinación de un bien jurídico para el delito de cohecho puede tener su origen en que “habrá de concretarse no ya sólo, aunque también, qué es la corrupción, sino en qué medida debe

⁷ Historia de la ley n° 21.121, Primer trámite constitucional, Boletín N° 10.739-07. Disponible en: www.bcn.cl.

⁸ Artículo 248: “El empleado público que en razón de su cargo solicitare o aceptare un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho, para sí o para un tercero, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en su grado mínimo y multa del tanto del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de veinticinco a doscientos cincuenta unidades tributarias mensuales”. (Inciso primero).

intervenir frente a ella un Derecho Penal en absoluto legitimado para actuar frente a conductas únicamente faltas de ética o contrarias a reglamentaciones funcionariales”⁹.

Por lo que se realizará un análisis de las posturas que más encuentran asidero en la doctrina especializada, para luego dar razones de nuestra toma de posición respecto de este importante aspecto de la regulación de este delito en nuestro Código penal.

En lo referente a las razones político-criminales que se tomaron en consideración para la inclusión de este delito a nuestro ordenamiento jurídico penal, si bien estas fueron expuestas y tratadas por los impulsores de este proyecto de ley, lo cierto es que en ellas en general sólo toman en cuenta el fin principal que tenía este proyecto de ley, que era aumentar las penas a algunos delitos funcionarios en el marco de la lucha contra la corrupción que se tomó la discusión parlamentaria en nuestro país, por lo que no se dan razones con respecto a la tipificación de este delito de cohecho en consideración al cargo, pues su inclusión fue producto de la discusión parlamentaria, por lo que el fundamento político-criminal de su tipificación en nuestro Código punitivo merece un análisis más profundo para dar cuenta de cuales se tuvieron a la vista.

Por último, se abordarán temas de índole técnica con respecto a esta nueva modalidad del delito de cohecho, las cuales han sido tratados por doctrina extranjera. Se tratará la característica que le da la nota distintiva a este cohecho en razón del cargo, la falta de contraprestaciones por parte del funcionario público que acepta o solicita aquel beneficio económico o de otra naturaleza y al cual no tiene derecho. También se tocará el problema de *iter criminis*, en lo referente a la tentativa, para finalizar con un análisis del objeto material de este nuevo delito, con especial énfasis a lo que la doctrina especializada denomina *munuscula*.

⁹ De la Mata Barranco, Norberto. “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2ª época, n°17, 2006, pág. 90.

Capítulo I: Bien Jurídico en el delito de cohecho en general.

En el Derecho Penal liberal propio de un Estado social, democrático de Derecho, la existencia de bienes o valores que merecen protección penal es considerada como un límite importante al *ius puniendi* estatal, por lo que se hace patente la necesidad de tener claridad acerca de cuál es el bien jurídico tutelado por la norma, pues “el Derecho penal debe servir exclusivamente para proteger bienes jurídicos, ya que de lo contrario implicaría una función abusiva del Derecho penal”¹⁰.

Estos bienes jurídicos tutelados en el Derecho penal liberal y en la teoría del delito ocupan la importante función de “colmar de contenido el juicio de antijuricidad”¹¹ de la conducta, pues los “bienes jurídicos son objetos jurídicamente valorados”¹². Así, la determinación de un bien jurídico protegido por la norma penal que establece el delito no es un tema baladí, sino que cobra una real importancia para la teoría del delito.

Ahora bien, el problema del bien jurídico en el delito de cohecho en general ha suscitado en la doctrina una serie de teorías respecto a cuál es el bien jurídico específico protegido por este delito, sin embargo se tiene una claridad casi absoluta en determinar que el bien jurídico genérico o categorial del cohecho es la protección a la Administración pública¹³.

La discusión acerca del bien jurídico específico es de larga data en la doctrina especializada, “frecuentemente se insiste en la dificultad de encontrar un único bien jurídico como objeto de tutela de las distintas figuras de cohecho, pasivo y activo, propio e impropio”¹⁴, por las notas distintivas que posee cada una de estas especies de cohecho. “Doctrina y Jurisprudencia se han esforzado, sin embargo, en tratar de definir este bien jurídico común o

¹⁰ Olaizola Nogales, Inés, “*El Delito de Cohecho*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 40.

¹¹ Guzmán Dalbora, José Luis, “*Integridad ministerial y autonomía de la funciones públicas como bien jurídico del delito de cohecho en razón del cargo*”. Artículo inédito, 2019, pág. 3.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ídem*, pág. 7.

¹⁴ De la Mata Barranco, op., cit., pág. 90.

genérico para todas las figuras de cohecho”¹⁵, pues ya no parecería suficiente la protección sin más de la función pública si no está conectada con los destinatarios de tal función, es decir, los ciudadanos¹⁶.

Ahora se pasará a realizar una revisión de aquellas teorías que encuentran mayor asidero dentro de la doctrina tanto extranjera como nacional, respecto de cuál es el bien jurídico tutelado detrás del delito de cohecho en general, para luego sostener cuál de estas teorías nos parece que es la correcta en relación a este importante tema. Hacemos la prevención que en Chile, los autores tratan de forma muy breve este asunto, sin darle la importancia que requiere e incluso, sólo se limitan a reproducir de forma somera lo que ya opinan al respecto los autores de la doctrina española. No hay ningún estudio acabado sobre el particular, y en general debemos remitirnos al telegráfico apartado que le dedican algunos manuales de Parte Especial, salvando algunas excepciones.

1) Falseamiento de la voluntad estatal como bien jurídico protegido por el delito de cohecho en general.

Fue dentro de la doctrina alemana donde se vinculó al bien jurídico tutelado por el delito de cohecho con la protección a la voluntad estatal¹⁷. Pues el “Estado tiene que actuar través de órganos cuya voluntad es expresión de la voluntad del Estado”¹⁸, pero con la prevención de que con el posterior desarrollo de esta teoría, que sólo se refería a los tipos de cohecho que buscan la consecución de un acto ilícito del funcionario, pues como bien apunta DE LA MATA BARRANCO, “que queda alterada o falsificada [la voluntad estatal], se dirá, a través de estos comportamientos, en cuanto la actuación de la Administración se distancia del respeto a la Ley y

¹⁵ Ídem. pág. 91.

¹⁶ Artaza Varela, Osvaldo, “*La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho*”. En *Política. criminal*. Vol. 11, Nº 21 (Julio 2016), Art. 11, pp. 307-339, pág. 321. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A11.pdf]

¹⁷ Ídem. pág.102.

¹⁸ Rodríguez Devesa, José María, “*La voz Cohecho*”, en la Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo IV, Barcelona, 1952, pág. 358.

las decisiones que deben producirse conforme a ella”¹⁹. Hay que tener en cuenta que esta teoría dentro del desarrollo que ha tenido esta discusión en la doctrina alemana se originó cuando se consideraba que se protegía, no a la Administración pública, sino que lo que “se protegía era el respeto a los deberes y obligaciones propios del cargo y la pureza en el ejercicio de funciones públicas”²⁰. Así, la “teoría del falseamiento de la voluntad estatal tiene como consecuencia el reclamar la intención de cometer una acción contraria a deber”²¹.

Los contrarios en considerar la voluntad estatal como el bien jurídico que se tutela con el delito de cohecho “ponen de manifiesto su incapacidad para explicar los casos de corrupción impropia, en los que la actividad del funcionario, por la que recibe o solicita la remuneración, no es contraria a derecho y por tanto coincide con la voluntad estatal”²². Como bien hace el reparo DE LA MATA BARRANCO, con esta teoría “obviamente estamos ante un criterio que impide acoger la sanción de cohechos subsiguientes o incluso antecedentes cuando aparecen referidos a actos lícitos y, por tanto, adecuados a la voluntad estatal”²³.

Uno de los detractores de esta teoría es el alemán SCHRÖDER, argumentando en primer lugar que los delitos de cohecho no serían “delitos de determinación” ya que incluso la recompensa posterior es suficiente para la realización del tipo, en el fondo, no habría venta de voluntad estatal, y por otro lado afirma que lo que está en el centro del delito de cohecho no sería la voluntad estatal sino la aceptación de regalos, ya que ésta menoscaba la confianza en el organismo público del que se trate²⁴. Por lo que, como opina KINDHÄUSER, reducir la corrupción estatal solamente a una falsedad de contenido de la voluntad estatal resulta, por lo tanto, insuficiente²⁵.

¹⁹ De la Mata Barranco, op., cit., pág. 103.

²⁰ Rodríguez Puerta, María José, *“El delito de cohecho: problemática jurídico-penal de soborno de funcionarios”*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 51.

²¹ Loos, Fritz, *“Del bien Jurídico en los delitos de cohecho”*. Revista Internacional de la doctrina del Derecho Penal (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik). N° 5. 2009. [En línea] págs. 268-269, pág. 267.

²² Rodríguez Puerta, op., cit., pág. 53.

²³ De la Mata Barranco, op., cit., pág. 103.

²⁴ Cfr. Loos, op., cit., págs. 268- 269.

²⁵ 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, n°3, 2007, págs. 1-18, pág. 9.

Sin embargo, los autores que siguen esta teoría, para salvar esta crítica, se defienden postulando que “también se pone en peligro la voluntad estatal a través de las conductas tipificadas como corrupción impropia, ya que de esa forma se provoca la impresión, al menos externamente, de que el funcionario corrupto no podrá cumplir nunca más sus obligaciones de forma imparcial”²⁶. Lo antes dicho supone “la introducción de un elemento extraño al razonamiento o planteamiento originario, el respeto de la imparcialidad, como principio básico del funcionamiento de la Administración”²⁷, lo que puede ser considerado, como se verá más adelante, como otro bien jurídico autónomo y diferenciado de la voluntad estatal.

2) Correcto funcionamiento de la Administración pública como bien jurídico protegido por el delito de cohecho en general.

En Chile, LABATUT, al hacer referencia al bien jurídico de los delitos contra la función pública, señala en general que estos delitos presentan un “denominador común” que en sus palabras sería “la buena y ordenada marcha de los servicios públicos”. Sin embargo, luego agrega al referirse ya al específico bien jurídico de este delito, que considera que el cohecho se encuentra entre aquellos delitos que atentan contra “el decoro, dignidad y correcto funcionamiento de la Administración”²⁸, de lo cual podemos extraer que considera el correcto funcionamiento de la Administración como el bien jurídico que fundamenta la punición de todos estos delitos, y además también podríamos ver, ahondando un poco más que asimismo está presente otra vertiente de esta misma doctrina, “la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración”, pues por algo nos habla del decoro o dignidad de la Administración, demostrando que de igual modo para este autor se protege la reputación o imagen externa de la Administración ante los ciudadanos.

²⁶ Rodríguez Puerta, op., cit., pág. 53.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Labatut Glenda, Gustavo, “*Derecho Penal*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 7ª ed, 1996, t.II, pág. 90.

Por su parte ETCHEBERRY, de forma distinta al autor anterior, no nos da una explicación específica de cuál sería el bien jurídico del cohecho, sino que señala que el bien jurídico protegido en este título en general es “la recta administración pública²⁹”. En este sentido, Administración pública debe entenderse en un modo muy amplio, como actividad general del Estado, no sólo en el aspecto técnicamente llamado administrativo, sino que también en el legislativo y judicial. Además, señala que en estos delitos no resulta atacado el Estado mismo, sino su regularidad funcional. Así es como debemos entender que este autor también ve como objeto de tutela de este delito el correcto funcionamiento de la Administración pública. También, este autor toma en consideración el hecho de que todos los delitos de este título tengan como sujeto activo a un empleado público, de lo cual desprende que se toma en consideración la infracción de un deber específico de lealtad, de corrección, y de eficiencia, ligadas con autoridad pública con un vínculo especial.

Del mismo modo, señalan POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, que el bien jurídico genérico que subyace a todos los delitos de este título, es el “recto funcionamiento de la Administración Pública”³⁰, lo cual se justifica también en el hecho de que el funcionario tendría un deber especial frente a la consecución de sus finalidades en orden a la persecución del bien común, que justificaría el diferente trato penal que aquí se les dispensa, mediante la construcción de “delitos especiales”, sin perjuicio de la particularidad de cada delito.

En cambio, BALMACEDA, sostiene que el fundamento de los delitos contra la administración pública sería en general “el correcto desempeño de la función pública”³¹. Sin embargo, respecto específicamente del cohecho está de acuerdo³² con lo que plantean

²⁹ Etcheberry, Alfredo, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed, 1997, t. IV, pág. 204.

³⁰ Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia, “*Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., 2004, pág. 488.

³¹ Rodríguez, Luis; Ossandón, María Magdalena, “*Delitos contra la Función Pública: El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., 2011, pág. 330.

³² Balmaceda Hoyos, Gustavo, “*Manual de Derecho Penal, Parte Especial*”, Librotecnia, Santiago, 1ª ed., 2014, cfr., pág. 632.

RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, quienes señalan que sería la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, planteamiento que explicaremos con más detalle en el apartado siguiente.

Los bienes jurídicos institucionales tienen un carácter instrumental en relación con la satisfacción de los intereses que justifican la existencia de la institución que se tutela y la prohibición de alterar las condiciones de un subsistema organizativo se fundamenta en su finalidad de garantizar expectativas de participación social o de ejercicio de derechos, el bien jurídico así configurado aparece como un adelanto de la tutela de intereses individuales. En los delitos que afectan a bienes jurídicos supraindividuales la noción de lo que sea lesión o peligro del bien jurídico no puede entenderse como destrucción o inminente peligro de pérdida de condiciones determinadas.

Del mismo modo, MATUS y RAMÍREZ, consideran que en general el bien jurídico que lesionan estas conductas, es decir, los delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, ya que no se refieren específicamente al cohecho, sería el correcto funcionamiento de la Administración pública, ya que señalan que se necesita un Estado en forma para conseguir sus fines. No basta para ello, el correcto desempeño del Poder judicial, se requiere además que el Congreso y el Poder Ejecutivo, estén en condiciones de desempeñar las funciones que hacen posible la vida en sociedad. Por lo tanto, su protección penal responde a un interés constitucionalmente relevante.³³

Asimismo, en Chile nuevamente OLIVER, también es de la opinión de que el bien jurídico protegido por el delito de cohecho es “el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos”, recogiendo el planteamiento de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO³⁴, pues, si el cohecho consiste según la definición dada por el mismo OLIVER, en “una conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, o en una conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario

³³ Cfr. Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia, “*Manual de Derecho Penal chileno: Parte Especial*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2018, pág. 455.

³⁴Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio, “*La prevaricación del funcionario público*”, Civitas, Madrid, 1980, pág. 252 y ss.

público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste³⁵. Por tanto, la razón para castigar estas conductas es que dificultan que el servicio a los ciudadanos se preste de la manera correcta. Para que sea correcta es necesario que no se les cobre a los ciudadanos, y que tampoco los funcionarios acepten lo que eventuales beneficios que se le ofrezcan por ella. En caso de que no sea gratuita, a los particulares no se les puede pedir más que de lo que establece el ordenamiento jurídico ni se acepten otros beneficios que ofrezcan sobre el monto fijado por parte de los funcionarios.

Es así como podemos ver que en la dogmática chilena, este no es un punto muy tratado, y en cual en general se consideran como bienes jurídicos que fundamentan la punición del cohecho y los demás delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, el correcto funcionamiento de la función pública, y la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, planteamientos que no son desarrollados de forma detallada, y en general sin fundamentar a cabalidad su toma de posición, de esta aseveración podemos descontar a un par de excepciones que desarrollan más el punto. Podemos advertir, entonces, que en la doctrina chilena los autores que tratan el asunto se limitan a reproducir el planteamiento de autores extranjeros y exponerlo de forma resumida. Por lo tanto, debemos hacer una revisión más extensa de bibliografía que incluya autores extranjeros.

En Argentina, DONNA, sostiene que “el interés jurídicamente protegido es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública³⁶”, es decir, lo que nosotros hemos entendido hasta ahora como el correcto funcionamiento de la Administración pública.

Sin embargo, este mismo autor también reconoce que este catálogo de delitos se enfoca en el problema de la venalidad de los funcionarios públicos que ocupan los cargos de la Administración pública, sin tener en cuenta la licitud o ilicitud del acto mismo. Señala que el eje de estos delitos debe estar entonces en eliminar la corrupción y la venalidad de la función pública

³⁵ Oliver, Guillermo, “Aproximación al Delito de Cohecho” en Revista de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, N°5, 2004, pág. 86.

³⁶ Donna, Edgardo, “Derecho Penal. Parte Especial”, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 1ª ed., 2008, t. III, pág. 211.

para que sirvan a los intereses generales y sean más eficaces. Sostiene que la venalidad del funcionario debe ser castigada, por el Derecho en general no sólo por el ámbito penal, pues, deteriora el Estado de Derecho, poniendo en peligro su propio funcionamiento, ya que la burocracia es esencial para que el Estado funcione como tal³⁷.

De modo que se protege, además del correcto funcionamiento de la Administración pública, el que los funcionarios desarrollen sus funciones sin otro incentivo que el deber y el sueldo que reciben del Estado. Por lo tanto, lo relevante de esta clase de delitos es la motivación lucrativa que persigue el agente, motivación que necesariamente se contradice con el buen desempeño de las funciones a su cargo, lo que perjudica al Estado que es el genuino encargado de la Administración Pública.

Ahora en España, MUÑOZ CONDE, que responde a lo que podríamos llamar diversidad de bienes jurídicos, señala de forma explícita, cómo se concretaría esta infracción en uno y otro caso, respecto de lo que en España es conocido por la doctrina como cohecho activo³⁸ y pasivo³⁹, además complementa su planteamiento con la antigua idea de una infracción del deber por parte del funcionario público que es la teoría más antigua que se sostuvo en dicho país. Respecto del cohecho pasivo nos dice que es el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario, y en el caso del cohecho activo el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales⁴⁰.

³⁷ *Ibídem*.

³⁸ Este criterio de clasificación responde a la antigua teoría de la bilateralidad del cohecho, ya que en palabras de Carrara el cohecho sería “la venta concluida entre un funcionario y un particular, relativa a un acto oficial, a un acto perteneciente al ministerio del funcionario público, un acto que debiera ser gratuito, por el que el particular no tiene que pagar”, según esta visión el cohecho sería un acuerdo criminoso. Dentro de ese negocio criminal tenemos estos dos roles el del particular (cohecho activo) y el del funcionario público (cohecho pasivo). En este caso, el mismo Muñoz Conde, señala que el cohecho activo es aquel en que el particular interfiere con su soborno en la actuación de la autoridad o el funcionario público. Resumidamente, el particular ofrece un beneficio al funcionario.

³⁹ En el mismo criterio de clasificación explicado anteriormente, el cohecho activo es según Muñoz Conde, es aquel en que el funcionario público acepta la dádiva, beneficio, ofrecimiento o promesa.

⁴⁰ Cfr. Muñoz Conde, Francisco, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 20^a ed., 2015, pág. 840.

En el delito de cohecho activo en cambio, al no encontrarse el particular vinculado por una relación especial con la Administración, tampoco existen estos deberes, por lo que hay un bien jurídico diferente. El particular obra en perjuicio del Estado cuando persigue comprometer o entregar beneficios por el incumplimiento de sus deberes por el funcionario. En este sentido, el particular estaría atentando contra el normal desarrollo de las funciones públicas que el conjunto general de tales órganos tiene encomendadas, afecta también el prestigio social que deben ostentar los órganos públicos en la vida social⁴¹.

Este planteamiento se encuentra entre los que podríamos designar como de diversidad de bienes jurídicos, como ya señalamos respecto de los delitos de cohecho activo y de cohecho pasivo. Es decir, que en el delito de cohecho pasivo el objeto de tutela está constituido por el deber básico inherente a la condición de todo funcionario público, que es la obligación de fidelidad del funcionario público, la que se quebranta al realizar el funcionario un acto que se opone a los deberes de su cargo, ya que se aprovecha de la posición superior que ostenta para obtener o procurar obtener beneficios que se dan o prometen por actuar de forma lícita o ilícita. Además del deber funcional se busca tutelar la confianza que en el titular del deber se deposita por parte de el Estado⁴².

Desde esta perspectiva, también puede hacerse críticas a esta postura, pues se sostiene como bien jurídico protegido del delito de cohecho en general, el quebrantamiento del deber por parte del funcionario, asunto al cual ya nos hemos referido.

La crítica que debemos hacer es que ese deber de respeto al desempeño correcto o normal de la actividad estatal no lo tiene sólo el particular, sino también el funcionario. Además, una infracción del deber de respeto al normal funcionamiento de los órganos del Estado no siempre implicará un delito de cohecho, se debe incurrir además en una grave infracción al deber de respeto y además una afectación a un determinado bien jurídico, en este caso el correcto servicio

⁴¹ Cfr. Olaizola Nogales, op., cit., pág. 90.

⁴² *Ibidem*.

que la Administración presta a los ciudadanos, lo que en el caso del cohecho pasivo⁴³ siempre constituirá una lesión, en cambio en caso del cohecho activo⁴⁴, no siempre implica una lesión, sino peligro de lesión de dicho bien jurídico. Es decir, el cohecho pasivo sería delito de lesión y el cohecho activo sería delito de peligro⁴⁵.

Igualmente VALEIJE critica esta posición doctrinal, esta vez ella cuestiona cuál sería el “contenido de esta obligación de respeto” que tiene el particular respecto del Estado. Ya que desde que se sanciona penalmente esta conducta, no podemos encontrarnos frente a un deber puramente moral, y si frente a un verdadero deber de acatamiento por parte del ciudadano al Estado. Lo que equivale a decir, por parte de este sector que el particular al igual que el funcionario tiene un deber extrapenal con respecto a los órganos del Estado, deber de fidelidad que es incompatible con la libertad en un Estado Democrático, ya que ésta clase de deberes sólo tienen cabida en un Estado totalitario o absoluto⁴⁶.

En todo caso, la infracción del deber de comportarse íntegramente, puede justificar la imposición de una sanción administrativa al funcionario, pero en modo alguno, puede elevarse a la categoría de bien jurídico⁴⁷.

En España, RODRÍGUEZ DEVESA, a diferencia de los planteamientos anteriormente explicados, señala que “el cohecho es fundamentalmente un delito contra la integridad en la gestión administrativa, al dejarse llevar el funcionario por móviles ajenos, concretamente de lucro ilícito⁴⁸”. En esto sigue el planteamiento de BINDING⁴⁹. Pues, si el funcionario realiza un

⁴³ El caso en que el funcionario acepta un beneficio de cualquier naturaleza sobre el cual no tiene derecho.

⁴⁴ El particular que ofrece un beneficio a un funcionario.

⁴⁵ Ídem, pág. 91.

⁴⁶ Valeije Álvarez, Inmaculada, “Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, vol. XVIII, 1995, pág.329.

⁴⁷ Ídem, pág. 330.

⁴⁸ Rodríguez Devesa, José María, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, Dykinson, Madrid, 16ª ed., 1993, pág. 1169.

⁴⁹ Binding, Karl, “*Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts.*”, Besonderer Teil, 2 vols., Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1902-1905 (reimpresión de Keip Verlag), Goldbach, 1997, pág. 731.

acto opuesto a sus deberes excede el límite de sus atribuciones, en buenas cuentas, deja de actuar como funcionario. El funcionario abandona su función a cambio de un precio. Sin embargo, este planteamiento será desarrollado con mayor detalle en otro apartado.

Adentrándonos más en las posturas que sostienen que este sería el bien jurídico tutelado por el delito de cohecho, analizaremos cuáles son los fundamentos que sostienen para indicar que este es su bien jurídico.

Según RODRÍGUEZ PUERTA, en España el Código Penal antes de 1955 recogía en su título VII “los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, y en ese momento la doctrina sostenía que no había ningún bien jurídico en común en estos delitos, sino sólo la cualidad de funcionario público que debía ostentar el sujeto activo. La insuficiencia de este planteamiento llevó a algunos autores a buscar un elemento común, e hicieron referencia por primera vez al deber o los deberes del cargo ⁵⁰.

Luego la doctrina continuó considerando estos delitos como una infracción de los deberes profesionales, pero sólo en la medida en que estos actos resulten lesivos del buen funcionamiento de la Administración. De este parecer, como ya mencionamos anteriormente es MUÑOZ CONDE⁵¹.

Finalmente, la doctrina se centró en la función pública, entendida como las diferentes formas de manifestación de las actividades del Estado. Esta es la postura de OCTAVIO DE TOLEDO⁵².

Desde la perspectiva del correcto funcionamiento de la Administración pública, se hace una crítica a aquellas concepciones que fundamentan la antijuricidad de este delito en la

⁵⁰ Cfr. Rodríguez Puerta, op., cit., pág. 40.

⁵¹ Cfr. Muñoz Conde, op., cit., pág. 840.

⁵² Cfr. De Toledo y Ubieto, op., cit., pág. 209.

infracción de los deberes del cargo derivados de la especial relación de sujeción que une a los funcionarios con el Estado⁵³.

El primer argumento en contra de esta postura se infiere de su propia concepción de Estado y de su evolución histórica, y hace referencia a que las distintas actividades que desarrolla el Estado a través de sus órganos, no pueden desligarse del modelo de Estado dentro del cual éstas son realizadas. De este modo, se estaría protegiendo la dignidad o lealtad que une a los empleados públicos con el Estado y en último término con el prestigio del mismo, principios que serían propios de un Estado totalitario y completamente ajenos a un Estado democrático y liberal regido por una Constitución⁵⁴.

La segunda crítica, es que de tutelarse este bien jurídico, sólo estaríamos protegiendo la relación funcionario-administración y no la relación ciudadano- funcionario, que debe tener lugar en una Administración democrática⁵⁵.

Otra crítica que puede hacerse es que esta concepción establecería únicamente la existencia de estos deberes sin justificarlos. Quienes sostienen que el bien jurídico tutelado por el cohecho es el correcto funcionamiento de la Administración pública, sostienen que si los deberes del cargo existen es porque la Administración precisa de una organización que pueda servir correctamente a los ciudadanos. La mera infracción de un deber no es suficiente fundamento de la sanción penal, se necesita una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Aunque no por ello puede sostenerse que la infracción carezca de relevancia jurídica, muy por el contrario, el incumplimiento de los deberes propios del cargo, supondrá por lo general la lesión o puesta en peligro de la función pública. Pues, no existen únicamente como forma de reafirmación del poder del Estado sobre sus empleados, sino que garantizan la obtención de unos fines públicos. En este sentido los deberes del cargo, no se conciben en sentido subjetivo como fidelidad, lealtad o

⁵³ Rodríguez Puerta, op., cit., pág. 45.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.*

muestra de la confianza depositada por el Estado en el funcionario, sino en un sentido objetivo como respeto a las normas de funcionamiento y organización de la Administración⁵⁶.

Finalmente, considerar estos delitos como de infracción del deber supone olvidar el carácter de ultima ratio del Derecho penal, ya que la intervención penal sólo se justifica por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

Así, pasa a ser merecedor de tutela el “correcto funcionamiento de la Administración Pública”, desde el punto de vista de los servicios que presta la Administración a la comunidad. Lo que se tutela entonces es la actividad pública, los servicios que el Estado presta a los ciudadanos en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Esto supone despejar estos delitos de un componente ético o moral y que su centro esté en el correcto funcionamiento de la actividad pública.

Surgen autores en la doctrina española que distinguen entre el cohecho pasivo, cometido por el funcionario -que supone una infracción de los deberes del cargo- y el activo, cometido por el particular que supone una lesión al respeto que le debe al normal funcionamiento de la Administración, estos planteamientos representan un avance pues permiten fundamentar la sanción del cohecho activo. De esta corriente de pensamiento es, como hemos señalado anteriormente MUÑOZ CONDE⁵⁷.

Luego, también hay autores, esto es en una etapa más reciente, que sostienen que el bien jurídico sería “la función pública”, o el “el buen funcionamiento de la Administración conforme a los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho”. En esta línea se inscribe por ejemplo, la opinión de BUSTOS, quien señala que el bien jurídico es la función administrativa, en cuanto se trata de mantener la racionalidad e imparcialidad del ejercicio de dicha función, que se vería atacada por la corrupción de los funcionarios. Afirma también, que el bien jurídico es la función administrativa, no son las cualidades del funcionario, de ahí que el delito se da aunque se

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Cfr. Muñoz Conde, *op.*, cit., pág. 840.

trate ya de un funcionario corrupto. El cohecho puede ser realizado por un particular o por el funcionario público y en ambos casos el bien jurídico sería el mismo, pues la protección traspasa los deberes especiales que pueden recaer sobre el funcionario⁵⁸. O sea, también es una idea de correcto funcionamiento de la administración sólo que comprendida en un sentido más moderno, como el respeto de los principios constitucionales que la rigen en un Estado Liberal, no en una comprensión autoritaria.

Al respecto también tenemos la opinión de OLAIZOLA, quien a propósito del delito de cohecho pasivo y activo piensa que tienen un bien jurídico en común, para esta autora al igual que los anteriores, el bien jurídico es el correcto funcionamiento de la Administración pública. Entendido como la correcta prestación de servicios que la Administración debe suministrar a los ciudadanos para garantizar su desarrollo y participación. Con todo, el bien jurídico así descrito es demasiado amplio, por lo que la autora plantea que hay que delimitar como este bien jurídico se puede lesionar o poner en peligro. Así, toma el planteamiento de LOOS, entendiendo que a través del cohecho, se afecta el funcionamiento de Administración tanto desde un punto de vista interno como externo. Desde el punto de vista interno, estas conductas suponen que el funcionario mezcle los intereses públicos con sus intereses privados, lo que lleva a que se disuelva la delimitación entre la propia Administración y su entorno, siendo dicha delimitación necesaria para que la Administración, pueda prestar correctamente sus servicios. Ahora bien, desde el punto de vista externo, se produce una frustración de los ciudadanos que ven que la administración se rige por criterios particulares y de forma objetiva, esto lleva a una pérdida de confianza en la institución, confianza que necesitamos para que la institución funcione. Este sería un resumen muy breve del planteamiento de LOOS según OLAIZOLA, sin embargo, ya nos detendremos más adelante en la postura de este autor de forma más exhaustiva⁵⁹.

La autora además, dice que es necesario determinar cuáles son las conductas apropiadas para afectar el bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración”. Ella es de la

⁵⁸Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Ariel, Barcelona, 2^a ed., 1991, pág. 374.

⁵⁹ Cfr. Olaizola Nogales, op., cit., pág. 100.

opinión de que una sola conducta individual no va a afectar la vigencia o la indemnidad de la Administración, pero sí su reiteración. Si se establece como bien jurídico las condiciones básicas de funcionamiento, se deberán analizar qué conductas atacan más gravemente a estas condiciones de funcionamiento.

Según OLAIZOLA, la forma correcta de proteger las condiciones básicas de funcionamiento, sería a través de delitos de peligro, y esto se realizaría a través de la protección de bienes jurídicos intermedios que los representen, en este caso será la imparcialidad, no siendo necesario constatar la peligrosidad de la conducta en relación con aquel bien jurídico inmaterial que se protege de forma mediata, que sería para la autora el correcto funcionamiento de la Administración, que garantiza la participación y desarrollo de los ciudadanos en el sistema, que precisa de condiciones básicas de funcionamiento, éstos bienes intermedios, cuya lesión si es reiterada produce la efectiva lesión del bien inmaterial⁶⁰.

Finalmente, en el caso de los delitos de cohecho habrá que graduar las formas de ataque a las condiciones básicas de funcionamiento de la Administración para descartar aquellos ataques insignificantes a efectos penales. Desde criterios de merecimiento y necesidad de la pena, a la autora le parece necesario establecer una serie de graduaciones que el Código penal español no tiene en cuenta.

Señala LOOS, que cuando se suscitó una controversia entre los años 1956 a 1961 en torno a los delitos de cohecho en Alemania, con respecto a su interpretación, también fueron objeto de la polémica el bien o los bienes jurídicos de estos delitos. Muy resumidamente hubo dos posturas, el falseamiento de la voluntad estatal y otra postura según la cual el objeto de tutela es la capacidad funcional de la Administración del Estado⁶¹. Sin embargo, aquí nos referiremos solamente a lo relativo a la capacidad funcional, puesto que el falseamiento de la voluntad estatal ya fue abordado en otro apartado.

⁶⁰ Ídem, pág.102.

⁶¹ Loos, op., cit., pág. 143.

En Alemania, el Tribunal Supremo Federal y en específico SCHRÖDER, vislumbra en toda aceptación de ventajas, sin importar si la ventaja es equivalente a una acción contraria o conforme a deber, es una puesta en peligro de la capacidad funcional de la Administración, por la perturbación de la confianza de los ciudadanos en la objetividad de sus decisiones y con la apariencia de venalidad en las actuaciones funcionales contrarias a deber, sobrevendría una perturbación más fuerte de la confianza del público⁶².

Hasta 1961 sólo fue común la idea de que “la teoría de la voluntad estatal” tenía como convicción reclamar la intención de realización de una acción contraria a deber, como presupuesto de la realización del tipo de cohecho. Por el contrario, la “teoría de la puesta en riesgo de la confianza” llevaba a renunciar a dicho requisito. Pero luego esa convicción común es puesta en duda por la Exposición de motivos del Proyecto de Ley de Introducción al Código Penal y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, dejando en claro que ya mostrarse dispuesto a la acción de servicio (futura) satisface el tipo del cohecho. Sin embargo, la exposición de motivos se aleja de la concepción del tribunal y de SCHRODER y vuelve a relacionar este punto con la teoría del falseamiento de la voluntad estatal. Para la cual, la declaración de estar dispuesto al acto ministerial contrario a deber implicaría el peligro -ostensiblemente, concreto- de un falseamiento de la voluntad estatal en el caso particular. Puede que se tenga a la vista que el funcionario con la aceptación del regalo y con señalar que está dispuesto, se pueda ver expuesto a una presión tal, que pese a tener la intención de obrar conforme a deber, por el temor de verse expuesto a que se sepa que es corrupto, termine realizando la acción indebida.

En cambio, la protección de las instituciones también puede tener lugar mediante la tutela de sus “potencialidades de acción”, por ejemplo según el derecho vigente en los delitos patrimoniales es indiferente que el autor afecte el patrimonio de un individuo o el del Estado. Sin embargo, el funcionamiento de las instituciones, de sistemas sociales, queda expuesto a riesgo en primer término por no observar los miembros del sistema y terceros las normas sociales que

⁶² *Ibidem*.

definen el sistema y aseguran su funcionamiento. Esto se puede demostrar con claridad en la puesta en peligro de la Administración por el cohecho, y la venalidad. Los contactos corruptos de los miembros del sistema son sujetos externos que amenazan el orden interno, al crear el peligro de que los miembros de la organización no orienten su comportamiento según las normas de la organización y sus objetivos. Esto es una amenaza para la existencia del sistema, porque los límites entre la Administración y el público no quedan marcados con nitidez⁶³.

La amenaza hacia adentro consistiría en un menoscabo del *ethos* ministerial de los funcionarios. Y hacia afuera, los actos de cohecho amenazan la confianza del público en la objetividad de las decisiones de la Administración. Sin un mínimo de obediencia de los ciudadanos la Administración se desmoronaría. Baste pensar que en contra de todos los actos administrativos que suponen una carga se levantaría oposición y quejas⁶⁴.

Si se conciben las corruptelas como ataques al *ethos* ministerial, en cuanto condición de funcionamiento de la Administración y a la disposición del público de aceptar sus resoluciones, queda entonces la pregunta de cómo estos bienes jurídicos pueden ser lesionados. Ello no depende de la actuación en concreto de un funcionario, de que un miembro de la Administración realice puntualmente un acto de cohecho. En tanto que se trata del *ethos* ministerial de los funcionarios estatales, falta de antemano el objeto concreto. De todos modos, indiscutidamente no estaríamos aquí frente a un menoscabo efectivo, ni siquiera frente a un peligro concreto de esa confianza general. Si se asienta el bien jurídico en pro del *ethos* ministerial, entonces estaríamos frente a un delito de peligro abstracto⁶⁵.

Dentro de la clasificación de los delitos de peligro abstracto, hay que distinguir dos grupos diferentes, por ejemplo en el ámbito de los delitos contra la vida y la salud individual, están los tipos en que una acción peligrosa individual puede producir potencialmente la lesión de un hombre y además hay tipos penales en los que sólo una acumulación de actos peligrosos es

⁶³ Ídem, pág. 155.

⁶⁴ Ídem, pág. 156.

⁶⁵ Ídem, pág. 157.

capaz de conducir a una lesión, esto equivale a decir, que aquí surgen peligros desde una conducta humana en masa. LOOS considera que una sola conducta de cohecho es inapropiada para lesionar los bienes jurídicos que antes mencionamos, en el fondo con dicha conducta no se podría afectar la estructura de funcionamiento correcto de la Administración. Sólo la realización repetida de cohechos puede ser relevante para el funcionamiento de la Administración. De esto se desprende que los delitos de cohecho tienen *importancia expresiva*, es decir, son un mal ejemplo para los demás funcionarios⁶⁶.

Dentro de las críticas que se le puede formular a esta teoría, es que sería una fórmula vaga e ineficiente para explicar la auténtica esencia de este delito, pues dichas concepciones están en contradicción con el concepto de bien jurídico y con el rol que desempeña el bien jurídico dentro del Derecho penal. Por lo tanto, esta crítica de VALEIJE, va a contrastar las diferentes funciones del bien jurídico (interpretativa, sistemática y de garantía) con el “buen funcionamiento de la Administración”⁶⁷.

Desde el punto de vista interpretativo, se ha destacado que la exacta interpretación del bien jurídico protegido, en tanto que es el principal elemento de interpretación de la norma penal, contribuye a delinear mejor los contornos de los tipos penales. Por ello, decir que la norma penal evita la lesión de un bien jurídico sin más especificaciones, es insuficiente para satisfacer el principio constitucional de taxatividad penal. De este mismo modo, si decimos que con el delito de cohecho se protege el buen funcionamiento de la Administración, sin posteriores pormenorizaciones, estaríamos frente un criterio bastante débil e inseguro para afirmar la relevancia penal de dichas conductas⁶⁸. Sin embargo VALEIJE, además admite que en el cohecho pasa algo muy curioso, que en principio una conducta típica respecto del cohecho puede dañar la actividad administrativa, pero también puede volverla más eficaz. Por ello, antes de aceptar esta teoría como bien jurídico del delito de cohecho debemos tener en cuenta:

⁶⁶ Ídem, pág. 158.

⁶⁷ Cfr. Valeije Álvarez, op., cit., pág. 336.

⁶⁸ Ídem, pág. 337.

- a) **Respecto del delito de cohecho pasivo propio**⁶⁹: El funcionamiento de la Administración resulta realmente lesionado si para la consumación del delito se requiere efectivamente la realización del acto contrario al cargo, sólo de esta forma la actividad administrativa se ve desviada de los fines legalmente establecidos⁷⁰.
- b) **Respecto del delito de cohecho pasivo impropio**⁷¹: No puede decirse que la mera aceptación del regalo en consideración al cargo o función o para ejecutar un acto que no esté prohibido legalmente afecten a la Administración. La actividad administrativa no parece desviarse de su curso, tendría un efecto mínimo⁷².
- c) **Posición que cifra como objeto de protección “el prestigio” de la Administración:** Esta posición intenta dotarla de un halo de integridad para no levantar sospechas de los ciudadanos. Esta idea sólo puede responder a una concepción autoritaria de la Administración en donde es un fin en sí misma y no busca servir al público. Además, en un sistema democrático, el que los ciudadanos conozcan los hechos de corrupción que ocurren dentro de la Administración Pública, no perjudica el “prestigio y la confianza en los Poderes Públicos”, sino que la refuerza.

Ahora bien, desde el punto de vista sistemático, el bien jurídico constituye un criterio de ordenación de los diferentes tipos legales establecidos en la Parte especial del Código penal. Si el bien jurídico es el fundamento básico de la estructura abstracta de la infracción con esta creencia debe procederse a la ordenación de las figuras de delito en el texto penal conforme a su naturaleza. ¿Hasta qué punto es apropiada la frase “delitos contra el buen funcionamiento de la Administración pública un criterio adecuado para ordenar las infracciones actuales? Primero, deberíamos dar un concepto de Administración pública y desde la perspectiva de su buen funcionamiento sería algo así como el conjunto de funciones públicas que desarrolla el Estado⁷³.

⁶⁹ En España, el cohecho pasivo propio tiene una doble modalidad, según que la autoridad o funcionario público acepte o solicite la dádiva, favor, retribución, ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, o para realizar un acto propio de su cargo.

⁷⁰ Ídem, pág. 338.

⁷¹ En España es una de las formas de referirse a la admisión de regalos, básicamente el delito de cohecho en razón del cargo.

⁷² Ibídem.

⁷³ Ídem, pág. 340.

VALEIJE señala que la teoría de los delitos de los funcionarios como delitos contra la Administración Pública, como criterio de agrupación no sirve, porque obliga a buscar un concepto lo más amplio posible de Administración pública, que prácticamente se vacía de contenido, por su excesiva generalidad. Este concepto tampoco nos explica cuál es el funcionamiento básico de la estructura de los delitos funcionarios, no sería un criterio apto para la ordenación de los mismos.

Respecto a el buen funcionamiento de la Administración como garantía penal, entender que el delito de cohecho obedece a la “protección” del funcionamiento de la Administración, es mantener un concepto formal del bien jurídico protegido por este delito, aunque el funcionamiento en este caso se interprete como eficacia, rapidez, productividad y concordancia con el interés público, y el encargado de formular ese interés es el Estado. Ante esto debemos preguntarnos ¿Hasta qué punto es sostenible mantener que el objeto protegido por estos delitos es el interés del Estado en su buen funcionamiento cuando las conductas en comento vienen siendo realizadas por los mismos sujetos a través de los que actúa? En conclusión estaríamos camuflando una opinión de estos delitos como quebrantamiento del deber funcional o al menos no se protege la actividad del Estado con ellos de forma directa⁷⁴.

3) La imparcialidad de la función pública como bien jurídico protegido por el delito de cohecho en general.

En Chile, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, señalan que el bien jurídico de este delito es **la imparcialidad en el ejercicio de la función pública**. Y además, su planteamiento va en la misma línea que el de la española RODRÍGUEZ PUERTA, quien plantea que lo que verdaderamente se configura como objeto de tutela es **el principio de imparcialidad** que vincula a los poderes públicos, es decir, poder ejecutivo, legislativo y judicial⁷⁵.

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ Cfr. Rodríguez Puerta, *op. cit.*, pág. 83.

Además, estos mismo autores, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN están de acuerdo con el planteamiento en este mismo sentido de OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, quien sostiene que el motivo para castigar esta clase de actos es que impiden o dificultan que el servicio a los ciudadanos **se preste de manera correcta**; y para que la prestación pueda estimarse correcta es necesario que a los ciudadanos no se les pida que paguen y que tampoco se acepten por parte de los funcionarios, los eventuales beneficios económicos que los ciudadanos puedan ofrecer por ella. En caso de que la prestación de servicios no sea gratuita, es necesario que a los particulares no se les pida que paguen más que lo que se encuentra establecido en el propio ordenamiento jurídico, ni que los funcionarios acepten beneficios más allá de lo establecido por el ordenamiento jurídico⁷⁶.

Precisando más la posición de RODRÍGUEZ COLLAO, quien señala que si bien frente al Derecho chileno, el correcto desempeño de la función pública permite explicar el sentido de la totalidad de las figuras contenidas en el Título V del libro II del Código penal, de todos modos no debe perderse de vista que es un bien jurídico de naturaleza institucional o supraindividual, que se estructura sobre la base de caracteres esencialmente normativos, los cuales varían manifiestamente de un delito a otro. Por tanto, debemos determinar frente a cada tipo el aspecto concreto que se pretende tutelar, que puede ser dependiendo del caso: decisión conforme a legalidad, actuación conforme a un fin determinado, observancia de la objetividad, preservación de la imparcialidad como sería el caso del delito de cohecho, etc⁷⁷.

Los bienes jurídicos institucionales tienen un carácter instrumental en relación con la satisfacción de los intereses que justifican la existencia de la institución que se tutela y la prohibición de alterar las condiciones de un subsistema organizativo se fundamenta en su finalidad de garantizar expectativas de participación social o de ejercicio de derechos, el bien jurídico así configurado aparece como un adelanto de la tutela de intereses individuales. En los delitos que afectan a bienes jurídicos supraindividuales la noción de lo que sea lesión o peligro

⁷⁶ Cfr. De Toledo y Ubieto, op., cit., pág. 252.

⁷⁷ Cfr. Rodríguez, Luis, “*La función pública como objeto de tutela penal*” en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXVI, 2005, pág. 332.

del bien jurídico no puede entenderse como destrucción o inminente peligro de pérdida de condiciones determinadas.

En suma, al hablar de función pública aludimos al 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.

Ya hemos manifestado que es necesario precisar el aspecto de la función pública concreto que cada tipo pretende tutelar. En relación con el delito de cohecho que es el delito que estamos estudiando, respecto del cual no se ha discutido solamente cuál es el objeto de tutela, si no también si el bien jurídico es el mismo en el caso de la conducta del funcionario y del particular, o sea si es uno o son dos bienes jurídicos distintos⁷⁸.

La doctrina mayoritaria española sostiene que este bien jurídico es único. Sin embargo, la determinación de ese bien jurídico no ha sido pacífica. En relación a eso, este autor está de acuerdo con el planteamiento de RODRÍGUEZ PUERTA quien señala que “lo que propiamente se configura como objeto de tutela es el respeto al principio de imparcialidad, que vincula de un lado a los poderes públicos, en cuanto principio alumbrador del ejercicio de la actividad administrativa y judicial, y, circunscrita a la desviación del fin, a la actividad legislativa o política”⁷⁹. Según RODRÍGUEZ COLLAO, este mismo planteamiento unido al imperativo de asegurar la imparcialidad en el ejercicio de la función pública es el aspecto de la función pública que este tipo pretende tutelar.

En este mismo sentido, ARTAZA sostiene que es posible advertir dos tendencias en nuestra doctrina, por una parte, ha dicho GARRIDO MONTT que este tipo penal protege en

⁷⁸Cfr., ídem, pág. 336.

⁷⁹ Cfr. Rodríguez Puerta, op. cit., pág. 83.

forma genérica la probidad de la función pública⁸⁰, o que protegería ciertas condiciones mínimas que incidirían en el buen desempeño de la misma⁸¹, y también tenemos la postura de RODRÍGUEZ COLLAO, que sostiene que se protege a través de la criminalización de esta conducta, el principio de imparcialidad que debe regir la actividad de la administración en su trato con los destinatarios de tal función⁸².

ARTAZA sostiene que el bien jurídico protegido por este tipo penal es la “imparcialidad” de la función pública. El concepto de imparcialidad delimita el margen de acción del funcionario en su relación con terceros y precisamente da cuenta de un interés declarado por el Estado que al menos entre nosotros, se enmarca en el principio de igualdad y la prohibición de toda forma de discriminación arbitraria⁸³.

En Perú, MONTOYA VIVANCO sostiene que el bien jurídico tutelado por el cohecho es también la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, al menos al referirse al cohecho pasivo impropio⁸⁴. Es decir, la imparcialidad, como condición imprescindible y esencial para el funcionamiento adecuado de la función pública, implica el deber de los órganos públicos de obrar con neutralidad y objetividad para satisfacer el interés general. La imparcialidad supone que el funcionario público debe estar sometido exclusivamente a la legalidad, sin permitir la interferencia de intereses económicos o de cualquier otra índole en su proceso de toma de decisiones⁸⁵.

Por su parte, ABANTO VÁSQUEZ, señala que se ha considerado últimamente como bien jurídico específico del cohecho la imparcialidad en la actuación administrativa, en el sentido

⁸⁰ Garrido Montt, Mario, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 4ª ed., 2010, t.III, pág. 464.

⁸¹ Cfr. Etcheberry, op., cit., pág. 203.

⁸² Artaza Varela, op., cit., cfr., pág. 321.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Se refiere al cohecho que sanciona a aquel funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir un donativo, promesa de una ventaja o cualquier otro beneficio a cambio de realizar un acto propio de su cargo.

⁸⁵ Montoya Vivanco, Yván (coord.), *“Manual sobre delitos contra la Administración pública”*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, cfr. pág. 97

de “un deber de objetividad o indiferencia” frente a grupos de presión, fuerzas políticas, intereses particulares del propio funcionario y un deber de “distribuir equitativamente beneficios” a favor de todos los ciudadanos sin privilegiar a ninguno en especial⁸⁶.

Se ha objetado esta posición de ser poco coherente, pues entre los tipos de cohecho habría algunos que no tienen nada que ver con la imparcialidad, motivo por el cual lo que realmente se tutelaría sería el “carácter público de la función pública”. Pero también, esta posición tiene sus problemas, pues en algunos casos existen funciones públicas (en el sentido del Derecho penal) que solamente se realizan a través de una contraprestación, admitida por el ordenamiento jurídico por parte del particular. También hay dudas acerca de si se atenta contra el bien jurídico “imparcialidad”, en el caso del cohecho pasivo propio⁸⁷ pues la prestación al funcionario se realiza después de la actuación por parte de éste, sin que haya podido haber influencia. Pero, esta opinión tendría a la vista el cohecho activo⁸⁸, en los supuestos en que reproche penal se dirige al particular, no el cohecho pasivo propio⁸⁹, donde el funcionario infringe sus deberes⁹⁰.

De todos modos, para este autor el problema es más bien aparente, pues, si entendemos que el bien jurídico para todas las figuras de cohecho es el mismo (el correcto funcionamiento de la administración) y que cada unas de ellas se dirige a un objeto diferente, entonces queda claro que en el “cohecho pasivo propio” se afecta la “legalidad” e “imparcialidad” en el desempeño funcional y en el “cohecho impropio” se lesiona la imparcialidad en desempeño de funciones

⁸⁶ Cfr. Abanto Vásquez, Manuel, “*Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*”, Palestra Editores, Lima, 2ª ed., 2003, pág. 409.

⁸⁷ Abanto Vásquez, también plantea la bilateralidad del cohecho, por la regulación de este delito en Perú, en el sentido de que sería una especie de contrato entre el funcionario y el particular, una compraventa de la función pública. En este supuesto se sanciona tanto al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a cambio de realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones (cohecho pasivo propio “antecedente”), como al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio como consecuencia de haber faltado ya a sus deberes.

⁸⁸ Aquí también se atiende a la antigua tesis de bilateralidad del cohecho, en ese sentido el cohecho activo es aquel que sanciona a la persona que ofrece o promete dar algún beneficio o ventaja para que realice u omita actos de violación a sus funciones o realice u omita actos propios de su cargo.

⁸⁹ En el sentido recién explicado.

⁹⁰ *Ibidem*.

que admiten un poder discrecional o el peligro para la imparcialidad ante un inicio de venalidad con consecuencias futuras.

La imparcialidad fue defendida mayoritariamente en Alemania en la década de los sesenta, en esa época la imparcialidad no era entendida en clave constitucional como en la actualidad, sino desde el punto de vista de la teoría del bien jurídico que mencionamos en otro apartado, era la idea un falseamiento de la voluntad estatal. Si es que lo vemos desde este específico punto de vista el cohecho pasivo propio⁹¹, constituirá un delito de peligro concreto, pues el acto que el funcionario está dispuesto a realizar, aunque no necesariamente llegue a realizarlo, sería de peligro concreto, pues se desviaría objetivamente de la voluntad estatal, pues la voluntad estatal supondría que el funcionario se comporte conforme al ordenamiento jurídico. En cambio, el delito de cohecho pasivo impropio⁹² sería un delito de peligro abstracto, porque se caracteriza por la venta de actos regulares, que podrían llevar al venta de actos irregulares⁹³.

Pero también tenemos otra perspectiva que es defendida por varios autores en la actualidad como VALEIJE⁹⁴ y RODRÍGUEZ PUERTA⁹⁵. La que está planteada en clave constitucional, o en relación a los principios establecidos por la constitución.

Así VALEIJE, quien sostiene que este es el bien jurídico tutelado por el delito de cohecho, define la imparcialidad como: “la obligación de la Administración de obrar con una sustancial neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados, cualquiera sea su naturaleza”⁹⁶. La imparcialidad, condición necesaria y esencial para el correcto funcionamiento de la actividad pública según las previsiones constitucionales se entiende en este contexto como

⁹¹ Aquí también en el sentido de aquella autoridad o funcionario público que acepte, solicite la dádiva, favor o retribución ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar o para realizar un acto propio de su cargo.

⁹² Se refiere al cohecho en razón del cargo.

⁹³ Cfr. Olaizola Nogales, op, cit., pág. 93.

⁹⁴ Valeije Álvarez, op., cit., pág. 35.

⁹⁵ Cfr. Rodríguez Puerta, op., cit., pág. 78.

⁹⁶ Valeije Álvarez, op., cit., pág. 35.

ausencia de interferencia en la toma de decisiones públicas o como deber de los poderes públicos de obrar con una sustancial neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados⁹⁷.

Del principio de imparcialidad como regla de comportamiento para la Administración se puede hablar desde dos perspectivas⁹⁸:

- a) Como deber que tiene la Administración de obrar con una sustancial objetividad o indiferencia respecto a las interferencias de grupos de presión o de fuerzas políticas y muy especialmente respecto de los intereses privados del funcionario.
- b) El deber que tiene la Administración de obrar de tal modo que la utilidad o el sacrificio derivado de la acción administrativa sea equitativamente distribuido en atención a los legítimos intereses de los ciudadanos, sin que surja, se cree o permanezca alguna posición de privilegio apoyada en la actividad de los poderes públicos.

Para VALEIJE la imparcialidad actúa como un límite externo al “buen funcionamiento de la Administración”, garantizando que el principio de eficacia que debe regir la actuación administrativa no derive en arbitrariedad, creando graves desigualdades de tratamiento entre los ciudadanos. La imparcialidad aunque no es lo mismo que la igualdad mantiene con esta una relación de medio a fin, así, una actuación arbitraria tiene como efecto crear discriminación. Desde esta perspectiva, la imparcialidad en el ejercicio de la función pública es un bien jurídico mediador para alcanzar la tutela de un bien jurídico fundamental que es la igualdad de los ciudadanos en la obtención de prestaciones públicas, debemos concretar cómo se materializa la lesión que importa la realización de conductas de cohecho respecto de ambas facetas de la imparcialidad. Según VALEIJE, en el delito de cohecho pasivo propio⁹⁹, el principio de imparcialidad se lesiona cada vez que los órganos de la Administración pública mantienen

⁹⁷ De la Mata Barranco, op., cit., pág. 112.

⁹⁸ Cfr. Valeije Álvarez, op., cit., pág. 31.

⁹⁹ Este cohecho pasivo propio tiene una doble modalidad, según que la autoridad o funcionario público acepte o solicite la dádiva, favor, retribución, ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, o para realizar un acto propio de su cargo.

relaciones o sufren influencias por parte de los particulares fuera de las formas previstas en la ley, sometiéndose por beneficios, ya sean consistentes en dinero o no, a la satisfacción de fines extraños a los intereses públicos.¹⁰⁰

El injusto típico no sería entonces la sola realización de un acto contrario al ejercicio del cargo, sino que debe extraerse de la conducta globalmente considerada, ya que los mismos núcleos típicos “solicitar” o “aceptar” muestran un compromiso o una confabulación entre el funcionario y un interés de un particular, que es fuente de indebidas injerencias en la imparcialidad de los poderes públicos.

Por su parte, RODRÍGUEZ PUERTA, define la imparcialidad en la misma forma que lo hace la RAE, como “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien, que permite juzgar o proceder con rectitud”¹⁰¹.

A su criterio no todas las conductas dirigidas contra ese bien jurídico deberán ser incriminadas, sino sólo aquellos ataques más graves¹⁰².

De este modo, no cabe duda que una de las formas más graves de interferir en el desempeño imparcial de la actividad pública viene representada por aquellas situaciones en las que el funcionario lleva a cabo un acto propio de su cargo a cambio de una retribución, pues, es evidente que en estos casos el funcionario se sitúa en una posición parcial respecto al particular que le ha entregado o prometido la ventaja y también respecto al resto de los ciudadanos. También hay otras figuras delictivas contempladas en el Código penal, que con mayor o menor acierto buscar evitar la lesión de este principio esencial para el correcto ejercicio de la función pública, como son: el tráfico de influencias, o algunas de las modalidades de fraudes y exacciones ilegales.¹⁰³

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Real Academia española, “*Diccionario de la lengua española*”, 23.^a ed., [versión 23.2]. Disponible en: <<https://dle.rae.es>>, fecha de consulta: 25/08/2019.

¹⁰² Cfr. Rodríguez Puerta, op., cit., pág. 78.

¹⁰³ *Ídem*, pág. 79.

El afán de esta autora es básicamente establecer si este principio puede predicarse de todas y cada una de las funciones públicas, administrar, juzgar y legislar. En un primer análisis es fácil advertir que esta afirmación no reviste mayores problemas respecto de los poderes ejecutivo y judicial. Pues, en el caso de la actividad administrativa su actuación sólo se encuentra justificada en el servicio a los intereses generales, que además debe efectuarse con objetividad. La administración no puede admitir influencias de otros intereses económicos sociales o particulares ajenos a los intereses generales.

El principio de independencia también juega un papel muy importante en la configuración de las características propias de la actividad judicial, de este principio se deriva un especial deber del juez respecto de las partes, para garantizar que se someterá únicamente a la ley, eliminando cualquier otra dependencia. La imparcialidad en definitiva, sólo puede predicarse de aquellos que deben tomar una decisión¹⁰⁴.

Pero respecto del Poder legislativo, simplemente no podemos decir lo mismo, pues es normal y propio de un sistema democrático que estos representantes dirijan su actividad para obtener la aprobación electoral o incluso fondos para sus partidos políticos, condicionando su actividad a la obtención de dichos fines. Pero, pese a quedar excluidos del ámbito propio del delito de cohecho, los acuerdos realizados por miembros del poder legislativo dirigidos a obtener financiación para su formación política, podrían ser de todos modos, objeto de fiscalización e incluso sancionados por otras vías, a través de infracciones previstas para ello o bien a través de una modalidad distinta del delito de cohecho.¹⁰⁵

Lo que se configura como objeto de tutela es el respeto al principio de imparcialidad que vincula a los poderes públicos, en cuanto principio alumbrador del ejercicio de la actividad

¹⁰⁴ Ídem, pág. 80.

¹⁰⁵ Ídem, pág. 81.

administrativa y judicial y se limita a la desviación del fin, respecto de la actividad legislativa o política.¹⁰⁶

La crítica que se puede hacer a esta postura es que este bien jurídico no es específico del delito de cohecho, sino común a los delitos contra la Administración pública. Si bien es cierto que la imparcialidad es un elemento necesario para para lograr un funcionamiento estable y eficaz de la Administración, OLAIZOLA no está de acuerdo en que dicho valor, la imparcialidad, sea el bien jurídico protegido específicamente por el delito de cohecho, porque dicho valor debe presidir todo el funcionamiento de la Administración, y por tanto podrá perturbarse con muchos de los delitos contra la Administración pública¹⁰⁷.

Realmente, y como también se apunta en estas consideraciones, es difícil comprender en qué medida, por ejemplo, un funcionario vulnera el principio de imparcialidad cuando decide —inducido o no— cometer un delito de falsificación, violación de secretos, uso de información privilegiada o contrabando motivado por la recepción de una dádiva y no en cambio cuando la decisión se toma por la pretensión de obtener un beneficio derivado de la propia comisión¹⁰⁸.

Las explicaciones que hacen referencia a la imparcialidad, por regla general, se asocian a la toma de decisiones o actuaciones vinculadas con la prevaricación que, sin embargo, no dan lugar a dicho delito, bien por no representar resoluciones, por no tener éstas un carácter arbitrario o no actuar el funcionario a sabiendas de su injusticia. Pero, es precisamente esa actuación que se condiciona a la recepción de la dádiva, la que se tiene en cuenta para aludir a la infracción de la imparcialidad, sea desde una perspectiva de lesión sea desde la de un peligro más o menos concreto. Y de nuevo en tales casos no parece que será, por tanto, la existencia de precio en sí lo que permite afirmar la vulneración del principio en cuestión. Sin embargo, téngase en cuenta que en tales casos la imparcialidad que se entiende menoscabada o puesta en peligro sólo es objeto de tutela cuando dicho precio exista, porque en caso contrario, la ejecución de un acto ilícito pero

¹⁰⁶ Ídem, pág. 83.

¹⁰⁷ Cfr. Olaizola Nogales, op. cit., pág. 99.

¹⁰⁸ De la Mata Barranco, op., cit., pág. 114.

no injusto o la omisión del acto debido no da lugar a respuesta penal alguna, con lo que entonces parece que lo que realmente le importa al legislador evitar no es el acuerdo injusto o la omisión indebida, sino la ventaja patrimonial obtenida con ello¹⁰⁹.

Parece que cuando se recurre a la idea de imparcialidad para definir el bien tutelado en las diferentes figuras de cohecho se piensa más en aquellas modalidades vinculadas a la conclusión de un acuerdo injusto que es el que, en definitiva, puede implicar su infracción. Y aun con todo, sólo en aquellos casos en que el mismo —no el que da lugar a un delito de contrabando o a uno de malversación— se relaciona con la adopción de una decisión no necesariamente constitutiva pero sí en la órbita de lo que trata de tutelar el delito de prevaricación¹¹⁰.

4) Integridad de los medios personales de la administración pública como bien jurídico protegido por el delito de cohecho en general.

Teoría proveniente del trabajo del penalista alemán Binding, quien tomó como eje para englobar a todas las clases de cohecho la gratuidad de los actos del funcionario, pues “la acción o acto del cargo del funcionario es un acto del Estado: El Estado actúa de manera no remunerada”¹¹¹. Por lo que el funcionario que recibe algún beneficio indebido logra comprometer con ello la integridad de la función pública, entendida esta como el funcionamiento interno de los entes públicos [...], principalmente la imparcialidad u objetividad en la función¹¹².

La integridad de los medios personales de la Administración pública no constituye un fin en sí mismo, sino que es simplemente un objeto al servicio de fines valorados de interés general, nunca fines internos del ente público ni disposiciones o cualidades personales de sus funcionarios¹¹³.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pág. 115.

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 116.

¹¹¹ Binding, *op.*, cit., pág. 731. (La traducción es nuestra).

¹¹² Cfr. Guzmán Dalbora, *op.*, cit, pág. 8.

¹¹³ Cfr. *Ídem*. pág. 12.

Por lo que se requiere hacer la distinción entre integridad como bien jurídico e integridad como simple deber del funcionario. Como apunta GUZMÁN DALBORA, “la integridad como simple deber es un asunto que interesa a la dogmática jurídica, los delitos de cohecho toman como fulcro, no el deber de probidad de los funcionarios que es un asunto de mera disciplina. Toman como fulcro la integridad y por lo tanto la rectitud y la honradez de los medios personales de la administración en general”¹¹⁴. Es verdad que los deberes de conducta de los funcionarios, como el desempeñar probamente sus tareas, atañen a sus relaciones particulares con la Administración y no importan directamente a la comunidad en general, pues estos deberes al ser virtudes morales no se pueden considerar como susceptibles ni merecedoras de ser tuteladas por el Derecho penal, pues “no es tarea del Estado imponer la integridad moral, ni ninguna virtud, su tarea es posibilitarla, tampoco es función del Estado prohibir el actuar deshonesto o la deslealtad o las faltas a la integridad moral, sino solamente la contravenciones a la integridad en el desempeño de ciertas funciones, profesiones o actividades, porque esas contravenciones desnaturalizan esas funciones o actividades y en definitiva redundan en un perjuicio para una o para muchas personas”.

Lo anterior se debe a que la integridad de los medios personales de la Administración encuentra su sentido teleológico en la autonomía de las funciones públicas. Siempre siguiendo a GUZMÁN DALBORA, quien estima que “la independencia del aparato estatal, su sumisión tan sólo al ordenamiento jurídico, sería una quimera si los cargos y menesteres oficiales estuvieran a merced de las ambiciones personales de los funcionarios o del interés de uno o más traficantes privados”¹¹⁵.

Así, la integridad se conecta casi de manera indisoluble a la imparcialidad y objetividad que deben presidir la gestión de las funciones públicas, pues como señala NAVARRO¹¹⁶ en

¹¹⁴ Guzmán Dalbora, José Luis. “*La integridad de los medios personales de la Administración pública como objeto de tutela del cohecho en razón del cargo (admisión de regalos)*”. Ponencia en el IX Seminario Conjunto de Derecho Penal de 29 de mayo de 2019, Valparaíso, Chile.

¹¹⁵ Guzmán Dalbora, op., cit., pág. 14.

¹¹⁶ Ahora bien se tiene que hacer la prevención de que el autor español circunscribe esta toma de postura al cohecho en consideración al cargo y su regulación en el Código penal español y en atención a la integridad de la función pública.

España, al preferir la expresión integridad por considerarla “más expresiva y acorde con lo que al final se espera del ejercicio de la función pública: que se atienda al interés general y que no hayan arbitrariedades¹¹⁷, por lo que la integridad en cuestión “coincide con un valor colectivo, de esos que se predicen del sujeto en cuanto es miembro o representante de una clase, un grupo, profesional o jerarquía, no en cuanto persona, por lo cual se conforma con que el funcionario cumpla honradamente las tareas oficiales, aunque la honestidad de su vida privada deje que desear. Esta característica torna al bien jurídico como susceptible y merecedor de tutela penal”¹¹⁸.

5) Toma de postura

En primer lugar, lo que tenemos que determinar para poder definir cuál es el bien jurídico tutelado por el delito de cohecho, es si es posible afirmar la existencia de un único objeto jurídico tutelado en cada de una de sus modalidades, es decir, si hay unidad del bien jurídico tutelado o si hay por el contrario, diversidad de bienes jurídicos. Aunque realmente, la determinación de este punto depende de la teoría acerca del bien jurídico por la cual finalmente nos inclinemos. Esta pregunta de si en los delitos de cohecho se tutela siempre el mismo bien jurídico, depende del lente con el cual la miremos y respondamos, porque si hacemos este análisis a la luz de un punto de vista meramente institucional, de infracción de deberes del funcionario público, necesariamente tendremos que concluir que son diferentes los bienes jurídicos tutelados por el cohecho del funcionario público y por el cohecho del particular que le ofrece un beneficio, ya que estos deberes no pueden predicarse del particular, así que debemos buscarles otro fundamento si nos quedamos con esta teoría.

Luego de apuntadas las teorías que consideramos con mayor desarrollo en la doctrina especializada, llegamos a la conclusión de que el bien jurídico no puede ser abordado desde una perspectiva que considere que el delito de cohecho implica solamente una infracción al deber por parte del funcionario, pues este bien jurídico así considerado es de naturaleza meramente institucional, por lo tanto, excluye a los ciudadanos y es únicamente coherente con una visión

¹¹⁷ Navarro Cardoso, Fernando, *“El cohecho en consideración al cargo o función”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 23.

¹¹⁸ Guzmán Dalbora, op., cit., pág. 14.

autoritaria del poder¹¹⁹. Sin perjuicio, de reconocer que el concepto de infracción del deber reviste de igual modo relevancia penal, pero para otros aspectos tales como determinar la autoría de un hecho punible.

Cabe señalar, que el contenido material de la antijuridicidad que es necesario para la intervención del Derecho penal, no se satisface por una mera infracción del deber, ya que debe revestir cierta entidad para lesionar o poner en el peligro el funcionamiento de la Administración, e incluso es en esos términos tan generales es insuficiente para determinar la importancia de su propia tutela penal¹²⁰.

Respecto de la teoría del falseamiento de la voluntad estatal podemos hacer críticas similares, ya que es manifiesta su incapacidad para explicar la punición del cohecho impropio¹²¹, en el que la actividad del funcionario, por la que recibe o solicita un beneficio, no es contraria al ordenamiento jurídico ni a las normas que rigen la Administración pública, es decir, no falsea la voluntad estatal, no la modifica¹²², ya que el funcionario puede hacer exactamente lo que el Derecho pretendía, pero motivado por un precio. Por tanto, ya de entrada tenemos que descartar que esta teoría sea aceptada para justificar la punición del cohecho por cuanto, ni siquiera es capaz de fundamentar el castigo penal de la figura que analizaremos más adelante y que es objeto de este estudio.

Además, vale para esta figura la misma crítica que hemos mencionado acerca de la teoría de la infracción del deber, ya que si bien es cierto que el funcionamiento de la Administración pública está regido por normas que establecen un marco normativo que lo regula, y es evidente que dicho estatuto puede infringirse por el funcionario, no podemos extraer de la existencia de dicha regulación, el que exista una “voluntad del Estado”, pues el Estado no es un ente dotado de voluntad, claro que se rige por directrices normativas, que deben surgir de la deliberación democrática, ya que la existencia de la Administración pública se justifica únicamente por el

¹¹⁹ Lombana Villalba, op., cit., pág. 233.

¹²⁰ De la Mata Barranco, op., cit., pág. 99.

¹²¹ Haciendo referencia al cohecho en razón del cargo.

¹²² Rodríguez Puerta, op., cit., pág. 53.

beneficio que su actividad significa para los ciudadanos¹²³. Pero, el sostener que existe “una voluntad estatal” da pie para encubrir pensamientos autoritarios, ese es el fondo de este tipo de planteamiento que al igual que la teoría del quebrantamiento del deber, no tienen un sustento de fondo que sea compatible con un Estado democrático de Derecho.

Respecto de la teoría del correcto funcionamiento de la Administración, tampoco somos partidarias de esta teoría, aunque si bien constituye un paso importante dentro de la doctrina para al menos plantear una teoría que tenga como fundamento el respeto de principios constitucionales, lo que es contrapuesto a los planteamientos anteriores en el sentido de que ellos daban cuenta de un pensamiento autoritario. Pero, de igual modo cabe hacerle varias críticas, entre ellas su falta de concreción, ya que si bien nos puede dar importantes luces acerca de la interpretación de los tipos, está planteada en términos muy generales, por ello nos dificulta el poder establecer respecto de cada figura de cohecho como se lesiona o pone en peligro este bien jurídico¹²⁴. Qué es lo mismo que decir que el concepto de capacidad de funcionamiento de la Administración pública¹²⁵ resulta, a su vez, demasiado amplio para abarcar de forma exacta el bien jurídico específico de los delitos de corrupción¹²⁶, y al no cumplir con dichos parámetros esta teoría entra en contradicción con el concepto de bien jurídico dentro del Derecho penal y sus funciones.

Desde un punto de vista interpretativo, la exacta caracterización del bien jurídico protegido contribuye a determinar mejor los contornos de los tipos penales. En ese sentido, decir que ciertas conductas lesionan el correcto funcionamiento de la Administración es un criterio muy inseguro para determinar la relevancia penal de una conducta, si no se hacen ulteriores especificaciones¹²⁷.

Así también, desde un punto de vista sistemático el bien jurídico constituye un criterio de ordenación de los tipos penales que se establecen en la parte especial del Código penal. Por lo

¹²³ Rodríguez, Luis; Ossandón, María, op., cit., pág. 329.

¹²⁴ Rodríguez Puerta, op., cit., pág. 45.

¹²⁵ Así se conoce a el “correcto funcionamiento de la Administración pública” en Alemania.

¹²⁶ Kindhäuser, op., cit., pág. 9.

¹²⁷ Valeije Álvarez, cfr., op., cit., pág. 336.

que al preguntarnos ¿hasta qué punto es apropiada la frase “delitos contra el buen funcionamiento de la Administración pública” como un criterio adecuado para ordenar dichas infracciones?, sostenemos que agrupar esta clase de delitos en torno a este concepto no es apropiado porque nos lleva a buscar un concepto demasiado amplio de Administración pública, el que finalmente se vacía de contenido, por lo que no es un criterio clarificador para la ordenación de dichas infracciones¹²⁸.

Lo expuesto nos lleva a concluir que el concepto de “correcto funcionamiento de la Administración” es demasiado amplio para poder determinar el fundamento de la punición de dichos delitos, por lo que se necesita de posteriores especificaciones para poder comprender el contenido del injusto penal a la luz de dicho criterio. Lo que nos lleva a afirmar que debemos determinar frente a cada tipo el aspecto concreto que se pretende tutelar, como en este caso podría ser por ejemplo, la preservación de la imparcialidad¹²⁹.

Al referirnos al correcto funcionamiento de la Administración, hablamos de 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.

Ahora bien, si desarrollamos este bien jurídico desde un punto de vista constitucional puede plantearse que las distintas modalidades del cohecho tienen un mismo objeto de tutela.

Pero, a nuestro parecer ya no es suficiente plantear la teoría del bien jurídico del cohecho desde un punto de vista únicamente institucional como se ha señalado anteriormente, porque ésta protección, según nuestro punto de vista, no puede estar desconectada de los destinatarios de dicha función, que son los ciudadanos, por lo mismo sostenemos que lo que ésta figura tutela es el principio de imparcialidad que debe regir la actividad de la Administración en su trato con los ciudadanos.

Entendido así el delito de cohecho, asumiendo dicha estructura relacional, la infidelidad a los deberes del cargo sólo se vuelve penalmente relevante, en la medida que implique una forma

¹²⁸ Ídem., pág. 340.

¹²⁹ Cfr. Rodríguez Collao, op., cit., pág. 332.

indebida de representación, o como una forma no autorizada de relación con los ciudadanos de acuerdo a los intereses declarados por el Estado¹³⁰.

Determinar cuál es el bien jurídico del delito de cohecho se debe hacer desde la finalidad de proteger a la Administración pública y su funcionamiento apegado y guiado sólo por el ordenamiento jurídico, no por intereses ajenos de terceros que solo buscan su provecho personal, en desmedro de los intereses de la sociedad en general.

Por todo ello, consideramos razonable adherir a la posición que sostiene que el bien jurídico protegido por este tipo penal es la “imparcialidad” de la función pública. Porque el concepto de imparcialidad delimita el margen de acción del funcionario en su relación con terceros y además da cuenta de un interés declarado por el Estado que, se enmarca en el principio de igualdad y la prohibición de toda forma de discriminación arbitraria.

Además, el referido principio es proyectable también a los ciudadanos, en cuanto destinatarios de dicha actividad pública, dado que la relación con éstos últimos viene también limitada por la Constitución y los principios que de ella emanan¹³¹.

Teniendo estos antecedentes, la Administración pública que actúa a través de sus funcionarios, debe sujetar su obrar al ordenamiento jurídico teniendo en cuenta solamente el interés general de la sociedad, por lo que la intromisión de intereses privados dentro del funcionamiento de la Administración viene a desnaturalizar todo el entramado interno de la Administración pública.

El principio de imparcialidad se alza como el principio que todo funcionario público en el ejercicio de sus funciones debe respetar de manera irrestricta para así garantizar a la ciudadanía el correcto ejercicio de las funciones públicas siguiendo para ello solamente el ordenamiento jurídico vigente. Así, considerar la imparcialidad como bien jurídico en el delito de cohecho

¹³⁰ Artaza, op., cit., pág. 322.

¹³¹ Rodríguez Puerta, op., cit., pág. 83.

permite abarcar las distintas formas de comisión que están tipificadas en nuestro Código penal, por lo que habría unidad respecto del objeto tutelado detrás del cohecho en todas sus especies.

Por lo que estimamos que el bien jurídico penal tutelado con el delito de cohecho en general es la imparcialidad de la función pública, en atención a que esta no puede estar a merced de intereses particulares.

Capítulo II: Justificación político- criminal y bien jurídico en el cohecho en razón del cargo en particular.

A. El problema político- criminal de este cohecho en particular.

Entrando al análisis de este importante tópico dentro de la introducción de un nuevo delito en todo ordenamiento jurídico penal la fuente más directa e ilustrativa con la que contamos es el mismo proyecto de ley que se presentó.

Así, en el caso de la ley n° 21.121 es el proyecto de ley presentado por moción parlamentaria de los señores Senadores Alfonso De Urresti Longton, Hernán Larraín Fernández, Felipe Harboe Bascuñán, Alberto Espina Otero y Pedro Araya Guerrero, inician un proyecto de ley que modifica el Código penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando las penas, tipifica los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal; y la ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica

132

En dicha moción exponen los fundamentos del proyecto de ley, dentro de los cuales encontramos los siguientes:

- La gravedad de los delitos de corrupción que no se refleja en su penalidad.

Los Senadores, estiman en este punto que la experiencia internacional sobre los delitos de corrupción provoca serias dificultades en los países dada "la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer

¹³² Historia de la ley n° 21.121, Primer trámite constitucional. Moción parlamentaria, Boletín N° 10.739-07. Disponible en: www.bcn.cl.

el desarrollo sostenible y el imperio de la ley"¹³³. Consideran que “esta gravedad del fenómeno de la corrupción reconocida internacionalmente no tiene un correlato en la penalidad asignada en el Código penal, que en la actualidad, dentro de los delitos funcionarios, la mayoría de los tipos penales tienen calidad de simples delitos, es decir, una penalidad de privación de libertad no superior a cinco años”¹³⁴.

Esto deja de manifiesto que la gran finalidad perseguida por lo impulsores de este proyecto de ley era simplemente aumentar las penas de los delitos de cohecho y soborno, para de esta manera adecuarlas a lo que estiman que refleja la gravedad de la conducta en relación a los efectos perniciosos que produce dentro de la sociedad. Como dice la moción en comento, “la baja penalidad asignada a los delitos de corrupción, en especial al delito de cohecho en sus distintas modalidades de comisión, no permite que haya una sanción proporcionada con la gravedad de las conductas, por una parte, y por la otra, genera insatisfacción por parte de la comunidad, que tiene expectativas de que los agentes públicos que desempeñan torcidamente sus funciones, así como aquellos particulares que los corrompen, con el poder del dinero, sean duramente sancionados para evitar que se vuelvan a cometer las mismas conductas”¹³⁵.

Así, la baja penalidad asociada a los delitos de cohecho en sus distintas modalidades de comisión trae como consecuencias negativas las siguientes que los Senadores apuntan en su moción. En primer lugar, la baja penalidad implica que la aplicación de penas efectivas de privación de libertad sea muy excepcional, lo que genera una sensación de impunidad y de desigualdad ante la ley, lo cual evidentemente afecta la imagen de la política y de la justicia, y en definitiva, del Estado de Derecho y de nuestra democracia. Luego, estiman que el término de prescripción de los simples delitos alcanza sólo a los cinco años, a diferencia de aquellos

¹³³ Convención de Naciones Unidas en Contra de la Corrupción, *promulgada por Decreto N°375 de 23 de noviembre de 2006 y publicada en el Diario Oficial de 30 de enero de 2007*.

¹³⁴ Historia de la ley n° 21.121, Primer trámite constitucional. Moción parlamentaria, Boletín N° 10.739-07. Disponible en: www.bcn.cl.

¹³⁵ *Ibíd.*

considerados crímenes, en atención a que los delitos de corrupción generalmente no son descubiertos en situación de flagrancia, siendo en la mayoría de los casos investigados con bastante posterioridad a su perpetración, sumado al hecho de que la investigación suele ser más lenta que en otros casos, se genera como consecuencia que muchas veces al momento de poder formalizar la investigación, haya operado a lo menos la prescripción gradual, lo que provoca que la persecución penal no pueda cumplir los fines para los cuales fue concebida, generando mucha insatisfacción social. En tercer lugar, Chile ha suscrito varios instrumentos internacionales referentes al combate contra la corrupción, por ejemplo, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, en la cual el Estado ha adquirido obligaciones que de a poco se han ido cumpliendo, no obstante, aún varias de ellas se encuentran pendientes de cumplimiento, especialmente en relación con el delito de cohecho desde el momento en que las sanciones para este delito actualmente tienen un máximo de 3 años de privación de libertad, por lo que la aplicación de la pena en concreto se terminaría, en la mayoría de los casos por las distintas circunstancias modificatorias, cumpliéndose en libertad.

- Falta de coherencia entre algunas normas y la adecuación a estándares internacionales.

Respecto de este punto, los Senadores en su proyecto estiman que “producto de las varias modificaciones que ha sufrido el Código penal en estas materias, se hace necesario hacer una adecuación sistemática del articulado correspondiente al párrafo 9 del Título V del Libro II del Código penal, incorporando elementos que permitan tener figuras de cohecho coherentes entre sí, adecuándolas a los estándares internacionales”¹³⁶.

Respecto de los otros puntos tomados como fundamento del proyecto de ley se refieren a la ausencia de tipificación del soborno entre particulares y el delito de administración desleal y a la necesidad de adecuación de la normativa sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en relación con las modificaciones introducidas al delito de cohecho, puntos que no

¹³⁶ *Ibidem*.

presentan mayor relevancia en nuestro análisis.

Lo expuesto hasta ahora deja de manifiesto que la finalidad perseguida por los impulsores del proyecto de ley era solamente buscar un aumento de las penas del delito de cohecho y demás figuras afines, y que no tenían considerada la tipificación de un nuevo delito como el cohecho en consideración del cargo, por lo que este hecho se podría considerar como un accidente dentro de la discusión parlamentaria con ocasión de este proyecto de ley, pues el objetivo claro que tenían los promotores de esta reforma es “aumentar las sanciones que el Código Penal establece para los delitos de cohecho y soborno a funcionarios públicos nacionales o extranjeros, tipificar y castigar los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal, y elevar las penas de los delitos de cohecho y soborno considerados en la Ley que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, lo exponen en su presentación.

La génesis del actual artículo 248 del Código penal que contiene en su primera parte el recientemente tipificado delito de cohecho en razón del cargo se consiguió gracias a la discusión en Comisión mixta de este proyecto, en la cual se debatió acerca de la necesidad de erradicar la costumbre ya arraigada en la sociedad chilena de pagar para que la Administración pública abra sus puertas.

En términos similares MATUS explicó la implicancia de esta modificación al participar dentro de la Comisión de Constitución del Senado como experto invitado, exponiendo “que esta indicación produce -por la vía de la supresión-, un cambio central en la concepción nacional del delito de cohecho, desde la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, la idea siempre había sido que lo que se sanciona es la solicitud o aceptación de una dádiva para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo”¹³⁷,

¹³⁷ Historia de la Ley N° 21.121, Segundo informe de Comisión de Constitución del Senado, Moción parlamentaria, Boletín N° 10.739-07. Disponible en: www.bcn.cl.

dejando claro que esta figura es del todo ajena a nuestro ordenamiento jurídico penal. Sin embargo, criticó la manera en cómo este nuevo tipo penal se está incluyendo en nuestro Código penal.

También se refirió a esta indicación HERNÁNDEZ dentro de la misma comisión, apuntando que “en este aspecto la Comisión redactora del Código Penal original se apartó del modelo español, que siempre había considerado como cohecho residual la percepción de dádivas en razón del cargo, sin una contraprestación definida y que países europeos adoptaron una fórmula similar a la chilena -que vincula la entrega de la dádiva a la realización de un acto u omisión propio del cargo-, pero posteriormente abandonaron este esquema para hacer frente a situaciones de corrupción sistémica, en virtud de la cual uno o más particulares tenían permanentemente en su nómina mensual de pago a uno ó más funcionarios públicos, y que esta significa una reforma mayor al cohecho, es una proposición adecuada, puesto que abarca ámbitos de actividad delictiva que no están penalizados y que deberían estarlo”¹³⁸.

Llama la atención la intervención del Senador Larraín, uno de los autores del proyecto, que planteó que la indicación número 1 -referente a la inclusión de este delito- se “aleja un poco de los objetivos centrales de este proyecto, que buscan elevar las sanciones a las figuras de cohecho que en la actualidad son perseguidas por el Ministerio Público. Expresó que hacer una modificación a la estructura básica de la figura, removiendo el requisito de la acción u omisión del funcionario ejecutada por dádiva, puede tener resultados poco predecibles, porque podrían quedar penalmente tipificadas situaciones en las que no hay una intención criminal de por medio”¹³⁹.

En términos similares se expresó el Senador Araya, estimando que “no aparece como pertinente esta modificación en los términos propuestos, pues altera la sistemática adoptada

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

actualmente por el Código Penal respecto de los delitos cometidos por los funcionarios públicos, en efecto en el delito de cohecho siempre se ha exigido una actuación bilateral, esto es, al acto del cohechador activo y el del pasivo -el funcionario público-, quien realiza la prestación con la que se pretende beneficiar al actor. Por lo que al convertir la simple solicitud o aceptación por parte de un funcionario público de un beneficio económico en un acto que por sí mismo resulta lesivo contra el ordenamiento penal, desvinculado de la finalidad que tuvo el cohechador activo, se desplaza el bien jurídico protegido desde la recta ejecución de los actos de la Administración hacia la probidad del funcionario, sin que lo último se vincule necesariamente al acto propio del servicio”¹⁴⁰.

Por lo anterior queda de manifiesto que la tipificación de ese cohecho en razón del cargo nunca estuvo dentro de los objetivos del proyecto de ley y ni siquiera era considerado por sus impulsores que se mostraron reticentes a esta modificación al proyecto, pues la estructura tradicional del cohecho base chileno se configura sobre el supuesto de un funcionario público que realiza su trabajo cumpliendo la ley, pero que por ello cobra un estipendio, sin poder hacerlo o que recibe a cambio una dádiva antes o después de terminada su labor.

Así, avanzada la discusión parlamentaria, luego de que se rechazara la indicación propuesta que introducía a nuestro Código penal el cohecho en razón del cargo de una manera poco feliz, en Comisión mixta del proyecto, por una modificación presentada por el Senador De Urresti y los Diputados señores Crispi, Silber y Soto propusieron incorporar al artículo 248, que tipifica la figura base de cohecho, un inciso segundo, del siguiente tenor:

“El empleado público que en razón de su cargo solicitare o aceptare un beneficio económico o de otra naturaleza para sí o para un tercero, será sancionado con reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en su grado mínimo y multa del tanto al duplo del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta al económico, la multa será de veinticinco a doscientos cincuenta unidades

¹⁴⁰ Ibidem.

tributarias mensuales”¹⁴¹.

Explicando los fundamentos de esta indicación e Diputado Soto apuntó que “con su proposición introduce en nuestro ordenamiento jurídico un cohecho de mera actividad, que no requiere probar una contraprestación del funcionario público a cambio de la dádiva que solicita o recibe. Manifestó que con ello se logra evitar un problema práctico habitual en la persecución de estos casos, que consiste en la separación entre la entrega de la dádiva y la actividad funcionaria, que oculta el nexo causal entre ambas. Agregó que la idea es que esta figura opere como delito residual frente a todo el resto de los tipos de cohecho y, por eso, considera la pena más baja de ese grupo”¹⁴². Esto fue valorado por el Ministro de Justicia de la época, Hernán Larraín, expresando que una idea similar se está considerando en la Comisión que elabora el anteproyecto de Código Penal.

Puede estimarse lo anteriormente expuesto como la justificación de la tipificación de este nuevo delito en nuestro Código penal, pues de esta manera se salva la dificultad probatoria que se presenta a la hora de acreditar el nexo causal entre el beneficio solicitado o recibido y el acto del funcionario, por lo que esta nueva modalidad sería una figura residual de cohecho que tendría aplicación ante la imposibilidad o dificultad de probar el ya apuntado nexo causal. Con lo cual se amplían los límites de la intervención punitiva para abarcar los supuestos en que el ofrecimiento de ventajas o regalos no vaya acompañado de la formulación de exigencias concretas relacionadas con actuaciones del cargo¹⁴³. Sobre este punto queremos hacer el alcance que aunque saltarse esta dificultad probatoria es una ayuda para poder castigar a aquellos que logran desviar la calificación de sus actos corruptos revistiéndolos de otras figuras, en ocasiones menos graves, esa sola razón no puede ser el fundamento en el campo de

¹⁴¹ Historia de la Ley N° 21.121, Informe de Comisión Mixta, Moción parlamentaria, Boletín N° 10.739-07. Disponible en: www.bcn.cl.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Vázquez- Portomeñe, Fernando, “Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado “cohecho de facilitación” (Art. 422 C.P.)”, Revista de Derecho penal y criminología, 3° época, N° 6, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, 2011, pág. 153.

la política-criminal de la tipificación de este delito de cohecho. En este sentido se expresa GUZMÁN al considerar que un fundamento de feísimo aspecto propone concebir el nuevo delito como un atajo para soslayar las dificultades de prueba del cohecho propio, en especial la escurridiza conexión entre la dádiva del particular y uno o más actos determinados del funcionario¹⁴⁴.

De esta manera se llegó a acuerdo respecto de la actual redacción del artículo 248 del Código penal en su inciso primero, que tipifica el cohecho en razón del cargo en nuestro país.

Ahora bien, hay que apuntar que la verdadera intención de las autoridades que sacaron adelante este proyecto es la lucha contra la corrupción dentro de la Administración pública y la sociedad, ya que Chile en el último tiempo se ha visto cada vez más afectado por casos de corrupción.

Como señala GUZMÁN para fines políticos es suficiente que se trate de un interés de significación colectiva, de importancia general, cuya conservación redunde en favor del conjunto de la comunidad. Continúa diciendo, que el interés colectivo en el que se apoya este y todo cohecho en la función pública no es otro que la igualdad de los administrados ante la Administración pública, que esta cumpla con la promesa de estar al servicio de quien la necesite¹⁴⁵.

Pues, la corrupción es la forma de criminalidad que atenta de manera más directa contra los principios del Estado social y democrático de Derecho, pues deslegitima la democracia, privatiza la ley, afecta las políticas económicas que fundamentan el Estado social y además destruye la confianza de todos los ciudadanos en el propio sistema¹⁴⁶, ya que estos no

¹⁴⁴ Guzmán Dalbora, op., cit., pág. 6.

¹⁴⁵ Guzmán Dalbora, op., cit., pág. 4.

¹⁴⁶ Lombana Villalba, op., cit., pág. 43.

estarían en pie de igualdad con aquellos individuos que corrompen a los funcionarios públicos en pos de sus intereses.

En Chile hasta hace menos de un década se tenía la impresión de que en nuestra institucionalidad la corrupción era uno de los males menores, esto debido a que no éramos conscientes de la cifra negra de corrupción dentro de nuestras instituciones públicas que se mostraban en apariencia limpias. Sin embargo, en los últimos años nos hemos visto expuestos como sociedad a una serie de estallidos de grandes casos de corrupción dentro de distintas instituciones del Estado. Lo cual instó a nuestras autoridades a tomar una fuerte postura en contra de los actos de corrupción y cuestionar la normativa sobre la materia que teníamos vigente, en atención a que se veía como un problema sin solución y que los controles internos, tales como las sanciones disciplinarias eran insuficientes para reprimir estos comportamientos.

Debido a esto se volvió necesario optar por la vía del Derecho penal para así poder ponerle un alto a estas perniciosas conductas que afectan la confianza de los ciudadanos en los distintos poderes del Estado, pues de esta manera se “contribuye a ponerlas de manifiesto y redoblar mediante la pena la garantía de igualdad de las personas ante los servicios públicos”¹⁴⁷

La corrupción como fenómeno dentro de la Administración pública se aprovecha de la debilidad de las instituciones del sector público y de las propias deficiencias del Estado en la prestación de servicios¹⁴⁸, por lo que tener un organismo público ineficiente y con poco control de los órganos fiscalizadores es el escenario perfecto para que actos de corrupción se presenten y se expandan dentro de su funcionamiento. Este fenómeno tan destructivo, como apunta LOMBANA, erosiona la legitimidad de la democracia, pues crea la percepción de que el Estado no tiene como principal propósito el interés general sino el beneficio de aquellas

¹⁴⁷ Guzmán Dalbora, op., cit., pág. 7.

¹⁴⁸ Lombana Villalba, op., cit., pág. 44.

personas que se encuentran en el poder, manteniendo el subdesarrollo o frenando la inversión social¹⁴⁹, y creemos que la consecuencia más grave es que desacredita todo el funcionamiento de la Administración pública frente a los ciudadanos, siendo que este es vital para el desarrollo de la sociedad.

Otro efecto pernicioso que provoca la corrupción es la afectación de la eficiencia de la administración, pues reduce la habilidad del gobierno de imponer controles regulatorios necesarios [...], la corrupción genera así desconfianza ciudadana e inseguridad jurídica¹⁵⁰. Por lo que fortalecer la eficiencia en el desempeño en la vida pública es central para el buen funcionamiento de un régimen democrático, para su legitimidad y para la confianza de la ciudadanía. Si los agentes públicos realizan sus funciones en apego a un comportamiento íntegro, mayor será la confianza ciudadana en la democracia, en la política y en las instituciones públicas¹⁵¹.

Por lo que nos parece que en esta justa contra la corrupción y su expansión dentro de nuestras instituciones, la inclusión de este delito de cohecho en razón del cargo a nuestro Código penal representa un avance en aras de la protección de la confianza de los ciudadanos en los órganos públicos en pos a asegurar la igualdad de todos los ciudadanos frente a la administración. Además de dar una importante señal en relación a aquellos comportamientos arraigados en la sociedad chilena de hacer regalos o dar propinas a los funcionarios públicos, que si bien no se considera transgresiones graves por parte de la sociedad, sí pueden ser relevantes y constitutivos de aquello que la doctrina denomina “cohecho blanco” o tolerado, que al fin y al cabo trastoca la igualdad de los ciudadanos, pues el grueso de la sociedad chilena no incurre en dichas conductas, lo que significa que aquellos que sí lo hacen, ya sea haciendo regalos de distinta envergadura o dando propinas a los funcionarios, estarían en

¹⁴⁹ Ídem, pág. 47.

¹⁵⁰ Ídem, pág. 45.

¹⁵¹ Consejo asesor presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción. Resumen ejecutivo, pág. 3. Disponible en: <https://consejoanticorrupcion.cl/portfolio-items/resumen-ejecutivo/?portfolioID=1825>.

mejor posición que los demás sujetos, siendo que la Administración pública tiene que ser imparcial frente a todos quienes componen la sociedad, por lo que estas actitudes corruptas tienen que dejar de tener un papel central en cómo la Administración pública se relaciona con los administrados.

Teniendo en consideración lo anteriormente apuntado, queda de manifiesto la estrecha relación entre la corrupción y el delito de cohecho, razón por la cual MAÑALICH estima que “el cohecho constituye el paradigma de un delito de corrupción”, aunque con razón deja claro, el concepto de corrupción no designa la afectación de un bien jurídico determinado, sino más bien un determinado modo de ataque a algún bien jurídico¹⁵², por lo que la determinación de este bien jurídico para esta forma de cohecho en razón del cargo es indispensable para fundamentar su incorporación a nuestro Código penal.

B. El bien jurídico del cohecho en razón del cargo.

Ya nos ocupamos ampliamente del bien jurídico del cohecho en general en el capítulo anterior, sin embargo, esta figura, el cohecho en razón del cargo merece una especial atención, por los motivos ya señalados en el apartado precedente dedicado a su justificación político-criminal.

Luego, de que hemos sostenido en el capítulo anterior, que en las modalidades activa y pasiva¹⁵³ del cohecho el bien jurídico protegido es el mismo, y que ambos atentan contra la

¹⁵² Mañalich Raffo, Juan Pablo, “*El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria*”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 51, Valparaíso, dic. 2018. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512018000200095&lng=es&nrm=iso#fn39

¹⁵³ Nuevamente en el sentido explicado con anterioridad, es decir, el cohecho pasivo estaría caracterizado por la conducta del funcionario que solicita o recibe una ventaja por la ejecución de un acto propio de su cargo, justo o injusto. El cohecho activo en cambio, se caracteriza por la conducta del particular que ofrece o entrega una ventaja a un funcionario para obtener de él una resolución o decisión que le favorezca.

imparcialidad en el ejercicio de la función pública, debemos preguntarnos si también este objeto de tutela penal -la imparcialidad- es uno de los fundamentos de la punición de esta conducta en nuestro ordenamiento jurídico o si por el contrario su punición obedece a otras justificaciones.

Además, al menos en apariencia el ámbito de punición de este tipo legal es más amplio, al ser comparado con el del cohecho común, abarcando un abanico extenso de conductas¹⁵⁴. Para determinar aquello -su ámbito de aplicación- también es esencial establecer cuál es el bien jurídico que protege esta figura.

Pues bien, para responder la pregunta de si el bien jurídico que tutela esta figura es también la imparcialidad en el ejercicio de la función pública debemos en primer lugar establecer un concepto de lo que entendemos por imparcialidad.

A modo de ejemplo podemos citar entre los autores ya revisados en el capítulo anterior, las definiciones que dan para el concepto de imparcialidad autores como VALEIJE, que sostiene que es “la obligación de la Administración de obrar con una sustancial neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados, cualquiera sea su naturaleza¹⁵⁵”, a su vez sostiene DE LA MATA BARRANCO que “se entiende en este contexto como ausencia de interferencia en la toma de decisiones públicas o como deber de los poderes públicos de obrar con una sustancial neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados”. Finalmente por su parte, RODRÍGUEZ PUERTA define la imparcialidad, sin más reflexión que indicarnos lo que entiende por este concepto la RAE que es la “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien, que permite juzgar o proceder con rectitud”¹⁵⁶.

Así, podemos observar que algunos autores le dan una significación más bien objetiva

¹⁵⁴ Navarro Cardoso, op., cit., pág. 19.

¹⁵⁵ Valeije Álvarez, op., cit., pág. 35.

¹⁵⁶ Rodríguez Puerta, op., cit., pág. 78.

o externa y otros un significado más subjetivo o interno, con esto nos referimos a que en algunas concepciones se le da mayor importancia a la imagen externa de la Administración pública en el sentido de que efectivamente se demuestre al público que obra con una sustancial neutralidad u objetividad, en cambio otros autores ponen el acento en la ausencia de interferencias en la toma de decisiones públicas, y finalmente otros autores combinan ambos puntos de vista.

Por tanto, para explicar nuestra concepción de la imparcialidad tendremos que valernos de cómo se trata este concepto en el Derecho procesal, pues en esta rama del Derecho es tratada como un presupuesto procesal o términos más generales refiriéndose a una característica que debe tener la jurisdicción para existir, y por lo mismo tiene mucho más desarrollo doctrinario. En cambio, no es un concepto muy tratado en el Derecho penal, como ya dijimos, ni siquiera quienes la postulan como el bien jurídico protegido por el delito de cohecho la desarrollan de manera suficiente. Sabemos que este concepto procesal no puede tener los mismos alcances que en el Derecho penal, y menos en la situación con la que aquí estamos trabajando pues se trata de un delito funcionario, lo que no está circunscrito únicamente al ámbito judicial, pero nos servirá a modo de herramienta para poder explicar mejor nuestra posición y dotarla de contenido.

Así, recogeremos la clasificación que nos ha dado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, planteamiento que ha sido recogido por la doctrina nacional y que señala que la imparcialidad tendría una vertiente objetiva y una subjetiva¹⁵⁷.

En este sentido, la perspectiva subjetiva de la imparcialidad trata de apreciar la convicción personal del juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquél que internamente haya tomado partido previamente o vaya a basar su decisión en

¹⁵⁷ Bordalí Salamanca, Andrés, *“El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”*, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXIII, 2009, pág. 272.

prejuicios indebidamente adquiridos¹⁵⁸.

En cambio, la imparcialidad objetivamente vista toma en consideración la relevancia de aquellas condiciones exteriores que pueden comprometer o perjudicar la administración imparcial de la justicia. En esta perspectiva importa mucho la apariencia de imparcialidad de los jueces. La imparcialidad objetiva apunta también a la necesaria confianza que los órganos judiciales deben dar a los ciudadanos¹⁵⁹.

Sin embargo, no siempre es fácil distinguir entre imparcialidad subjetiva y objetiva, las cuales no siempre pueden separarse netamente. Hay un sector de la doctrina que sostiene que los problemas de imparcialidad siempre deben llevarse al plano de la subjetividad, ellos sostienen que la imparcialidad es siempre subjetiva, pues dice relación siempre con la equidistancia que debe tener todo juez respecto de las partes y el objeto del proceso¹⁶⁰.

Así, podemos extrapolar estas nociones a la imparcialidad como bien jurídico en el ejercicio de la función pública, en el sentido de que podemos recoger dichas vertientes, la objetiva y subjetiva, y verlas no ya desde el punto de vista del ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino que desde el ámbito de aplicación de este delito.

De este modo, la perspectiva subjetiva de la imparcialidad sería en este ámbito relativa al fuero interno del funcionario, que éste al tomar una decisión pública se encuentre exento de interferencias externas, como pueden serlo los intereses de terceros. Por su parte, la perspectiva objetiva dice relación con la percepción externa de los ciudadanos respecto de la administración, lo que afectaría las expectativas normativas de los mismos, relativas a las condiciones necesarias para promover su participación en forma igualitaria¹⁶¹.

¹⁵⁸ Ídem, pág. 273.

¹⁵⁹ Ídem, pág. 274.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ Artaza Varela, op., cit., pág. 322.

Para reforzar la idea anterior podemos decir, que hay quienes entienden este bien jurídico de un modo más objetivo sosteniendo que se trata aquí de mantener la apariencia de imparcialidad, neutralidad y sujeción en el ejercicio de la función, es decir, que objetivamente, como ya decíamos, no sea susceptible de reproche el modo o forma de ejercer las funciones públicas con arreglo a la norma cultural vigente¹⁶².

Pero a la vez existe una visión más híbrida que aúna la doctrina constitucional con la óptica de tutela de la institución, visión para la cual se tutelaría a la vez el prestigio y eficacia de la Administración pública garantizando el principio de imparcialidad de los funcionarios y la consecuente ausencia de interferencias en la toma de decisiones públicas, que únicamente deben guiarse por los fines que determinan su empeño. Y si esto se puede predicar de las distintas especies de cohecho con mayor razón se puede respecto de la admisión de regalos puesto que su *ratio legis* es rodear a la función pública de un halo de integridad y respeto que no despierte recelos de los administrados¹⁶³, esta visión es la más cercana a la nuestra.

Por tanto, consideramos que en la imparcialidad en el ejercicio de la función pública confluyen también ambas vertientes. Entendiéndola aquí como una imparcialidad extraprocesal o una suerte de objetividad que se reclama del funcionario¹⁶⁴, puesto que lo que debe primar aquí como en todo cohecho es la igualdad de los administrados frente a la Administración.

Ahora que tenemos claras estas premisas, debemos determinar cómo se lesionaría (o

¹⁶² Otero González, Pilar, “El nuevo delito de cohecho en consideración al cargo o función, su tipificación conforme a la STS 487/2010, de 12 de Mayo”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Dykinson, Número 105, III, Época II, diciembre 2011, pág. 66.

¹⁶³ Ídem, pág. 68.

¹⁶⁴ Navarro Cardoso, op., cit., pág. 23.

pondría en peligro, ya sea concreto o abstracto si así lo entendemos), en términos más generales cómo se afectaría dicha imparcialidad en el ejercicio de la función pública, a través del delito de cohecho en razón del cargo.

Consideramos que se afecta por estas conductas la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, pues respecto del funcionario que solicita o acepta un beneficio de cualquier naturaleza en razón de su cargo, el particular que le hace dicha oferta, lo hace con el ánimo de “engrasar” al funcionario, para poder esperar de él con posterioridad actuaciones administrativas que estén conformes con los propios intereses del particular que ofrece el beneficio, para que se acomode a dichos intereses¹⁶⁵ y no obedezca a las directrices que regulan el funcionamiento y los fines de la Administración pública que establece el ordenamiento jurídico, y que se suponen guiados por el interés general.

Por ejemplo, en el caso de un funcionario que realice una determinada tarea con mayor rapidez porque previamente le han obsequiado algo - obviamente no una nimiedad- es una ofensa al principio de imparcialidad y de objetividad en el ejercicio de las funciones públicas, esta ofensa se traduce en la práctica en que el funcionario discrimina a otros usuarios en favor del particular que le ha dado el beneficio¹⁶⁶.

Por tanto, este delito implica una contradicción al principio de imparcialidad, ya que el delito en sí mismo conlleva un otorgamiento de una posición de privilegio a un interés privado respecto del interés público¹⁶⁷.

El beneficio se le ofrece al funcionario siempre con miras al conjunto de facultades jurídicas que de ese puesto derivan. En este caso no existe ninguna conexión entre el regalo y la realización de un acto específico, pero qué duda cabe que si el funcionario acepta un regalo

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Valejje Álvarez, op., cit., pág. 34.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

de cierto valor económico estaría interfiriendo en su posición de desinterés funcional. Quedando expuesto a no poder adoptar en el futuro una posición de neutralidad e indiferencia respecto de los intereses de los particulares que le ofrecen el beneficio, pudiendo sufrir peticiones o presiones que pueden entrar en conflicto con los intereses colectivos¹⁶⁸.

Otro de los motivos por los cuales sostenemos que el bien jurídico tutelado por el delito de cohecho en razón del cargo es la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, es que consideramos que el funcionario pública detenta un cierto poder decisorio, pues sostenemos que en este delito el funcionario estaría abusando de dicho poder, en su relación con terceros, tergiversando las condiciones de acceso de las distintas prestaciones respecto de las que es competente, generando ventajas comparativas de cierto sector de la población. Finalmente estaría vulnerando en forma grave las expectativas normativas de los ciudadanos relativas a las condiciones necesarias para promover su participación en forma igualitaria¹⁶⁹.

Para los efectos de este tipo no se requiere que el sujeto activo detente el cargo funcionario público, sino que desempeñe una función pública. Lo verdaderamente relevante es que actúe representando intereses ajenos, que en este caso corresponden a la Administración pública¹⁷⁰.

De ahí que podamos decir que el funcionario detenta un poder decisorio del que puede abusar, pues en la toma de decisiones públicas debe guiarse por las orientaciones normativas que regulan a la Administración pública y sus intereses, al desviarse de dichas directrices e influenciarse por intereses ajenos, estaría abusando de su poder de decisión pues este le ha sido encomendado para representar los intereses de la Administración pública, y en definitiva estaría infringiendo el principio de imparcialidad en sus dos vertientes, aunque principalmente en la subjetiva al dejarse influenciar por intereses de terceros.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ Artaza Varela, op., cit., pág. 322.

¹⁷⁰ *Ídem*, pág. 324.

Ahora, también refiriéndonos al ámbito objetivo de punición del delito que al parecer es bastante amplio, existen varias posturas. En primer lugar, tenemos un criterio que podríamos llamar restringido, porque en atención a este criterio un beneficio de la naturaleza que fuera, sólo sería punible cuando afecte la valoración de los intereses propios de todo procedimiento administrativo. Por lo que sería reconducible a este tipo penal el beneficio al empleado público que pueda interferir en asuntos o expedientes que puedan afectar a un particular y que se hallen pendientes de resolución¹⁷¹.

No estamos de acuerdo con este criterio por parecernos excesivamente restrictivo, pues excluiría del tipo las entregas realizadas preexistiendo un evidente y estrecho contacto entre las actividades profesionales del funcionario por corromper y del particular corruptor y que, por ello, pueden asociarse fácilmente a la posible formulación de exigencias, peticiones o solicitudes o, incluso, a la decisión del primero de favorecer de alguna manera, por propia iniciativa, en el ejercicio de su cargo, al segundo¹⁷². Además, nos parece que el ámbito de aplicación de este delito es más bien amplio y está bien que así sea, puesto que son muchas las conductas en las que se puede incurrir el particular con el fin de “engrasar” al funcionario con tal que guarden relación con el ámbito de competencias, pueden interferir en su toma de decisiones y se hagan en atención a su cargo.

Respecto del plano subjetivo debe requerirse que en el momento de la admisión del beneficio el funcionario asuma cuando menos, la posibilidad de ser destinatario de futuras solicitudes o requerimientos relativos al ejercicio de facultades jurídicas inherentes a su cargo, en un ámbito concreto de actividad administrativa¹⁷³. Es decir, dicha conducta tan sólo requiere el conocimiento por parte del funcionario de que aquellos regalos son entregados en consideración al cargo que ostenta, dicho de otra forma, en atención a la situación jurídica que

¹⁷¹ Blanco Cordero, Isidoro, “Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos”, en *La Ley Penal*, Wolters Kluwer, N° 113, Sección Estudios, Marzo-Abril 2015, pág. 6.

¹⁷² Vázquez-Portomeñe, op., cit., pág. 172.

¹⁷³ *Ibidem*.

dentro de la administración representa.

Debemos hacernos cargo de algunas críticas que se hacen a este objeto de tutela como bien jurídico del cohecho en razón del cargo.

Entre dichas críticas encontramos autores que señalan que existen tipos que no demandan o en absoluto requieren una vulneración de la imparcialidad, poniendo como ejemplo de ello a esta especie de cohecho¹⁷⁴; sin embargo, no podemos compartir este punto de vista, pues el funcionario al aceptar o recibir un beneficio de cualquier naturaleza desde un particular, desde luego que ve afectada su imparcialidad sobretodo en un sentido subjetivo, pues ya habría interferido el particular en los motivos que tiene a la vista el funcionario a la hora de tomar decisiones de carácter público, viéndose vinculado por los intereses del particular, intereses que difícilmente no tendrá en cuenta al momento de decidir, o bien no podemos asegurar no los tenga, lo que dificulta que siga las directrices normativas de la Administración pública a las que debiese estar conforme.

Otra crítica que también se hace a este respecto es que la dádiva podrá motivar su conducta, facilitar un mayor empeño en su desarrollo o favorecer la creación de estructuras delictivas, pero que desde luego no es la lesividad del principio de imparcialidad lo que se representa el funcionario como elemento a captar por el dolo parece evidente¹⁷⁵. A modo de réplica podemos decir, que en el caso del cohecho en razón del cargo, lo que debe representarse el funcionario público, es que admite un beneficio indebido, sabiéndolo, y que viene de alguien cuyos intereses particulares deben resolverse en el ámbito de su influencia competencial¹⁷⁶. Porque el desvalor de resultado se encuentra implícito en el mismo núcleo típico, al aceptar el beneficio el funcionario está realizando un pacto contrario a derecho. Que no se exija un acto nada tiene que ver con que se le esté restando contenido material a este bien

¹⁷⁴ De la Mata Barranco, op., cit., pág. 114.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ Navarro Cardoso, op., cit., pág. 29.

jurídico, sino que tiene que ver con la proximidad de su lesión no con su contenido.

Finalmente, podemos decir que la conducta descrita en este tipo legal, logra de un modo sutil y artificioso, involucrar a los funcionarios públicos en la persecución de fines ajenos a la utilidad pública contribuyendo a que la Administración pública deje de ser neutral o indiferente respecto de ciertos intereses privados respecto de los cuales pasarían a convertirse en parte interesada¹⁷⁷. Afectando la división del poder económico y el poder público, puesto que quienes pueden ofrecen beneficios al funcionario, naturalmente son quienes detentan cierto poder económico, afectando en definitiva la igualdad de los administrados frente a la administración, ya que un requisito básico de la orgánica de la Administración pública implica que los cargos públicos son remunerados por la propia Administración y no se requiere de pagos adicionales por parte de los ciudadanos.

C. Carácter de la ofensa.

Desarrollado el bien jurídico de este delito de cohecho en razón del cargo, toca abordar en este punto si se trata de un delito de lesión o de peligro en relación al bien jurídico que se tutela con su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico penal.

El carácter de la ofensa en el presente delito se tiene que analizar considerando el bien jurídico protegido que como quedó claro es la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, en atención a esto se puede decir si el delito de cohecho en razón del cargo en nuestro país es un delito de lesión o de peligro, y si es este último el caso si es de peligro concreto o abstracto.

En primer lugar, corresponde puntualizar brevemente el concepto de delito de lesión y de delito de peligro. La doctrina habla de peligro y lesión, según la intensidad del ataque al

¹⁷⁷ Valeije Álvarez, op., cit., pág. 35.

bien jurídico, porque el legislador amenaza con penas las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada¹⁷⁸. Así, en los delitos de lesión se produce un menoscabo o destrucción del bien jurídico, en tanto que los delitos de peligro se situaría en un momento anterior a dicha lesión¹⁷⁹. Dentro de los delitos de peligro existe una subclasificación que distingue entre delitos de peligro concreto y de peligro abstracto. Respecto de los primeros, se entienden como delitos de peligro concreto aquellos en que su núcleo radica en la generación de una condición que hace peligrar al bien jurídico. En cuanto a los segundos, se dice que el riesgo pasa a ser presumido por el legislador ya sea por dificultades referidas a la acreditación de un vínculo de imputación entre éste y la conducta a inculpar o por concurrir en determinados comportamientos una alta probabilidad estadística de generar dichos riesgos, en este caso aparecen generalmente descritos como fórmulas de mera actividad¹⁸⁰. Por tanto, resultará que el peligro será la probabilidad de un acontecimiento no deseado, la probabilidad de un resultado temido y, en el campo del Derecho, como la probabilidad de un resultado antijurídico¹⁸¹.

Ahora bien, el delito de cohecho en razón del cargo en nuestro país es el tipo básico de cohecho, como apunta GUZMÁN, es la forma más general del delito, no una hipótesis dependiente y especial del cohecho propio¹⁸². Pues se incurre en este cohecho en comento cuando “*el empleado público que en razón de su cargo solicitare o aceptare un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho*”, de manera que en atención a los verbos rectores presentes en el tipo este es un delito de mera actividad.

En consideración a lo anteriormente dicho es que el papel del bien jurídico protegido

¹⁷⁸ Hormazábal, Hernán, “*Bien jurídico y Estado social y Democrático de Derecho*”, LexisNexis, Santiago, 2006, cfr., pág. 48.

¹⁷⁹ Aguilar Lopez, Miguel, “*Delitos de peligro e imputación objetiva*”. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/2_delitos-de-peligro.pdf, pág. 14.

¹⁸⁰ Maldonado, Francisco, “*Reflexiones sobre as técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal*”, Revista de Estudios de la Justicia, nº7, Santiago, 2006, pág. 23.

¹⁸¹ Antolisei, Francesco, “*Manuale di Diritto penale. Parte speciale*”, Tomo II, Dott. A. Giuffré Editore, Milano 1986, pág. 173.

¹⁸² Guzmán Dalbora, op., cit., pág. 15.

toma especial relevancia en la determinación del carácter de la ofensa que se produce al incurrir en la acción típica. Como ha quedado claro nuestra postura acerca del bien jurídico protegido con este delito de cohecho en razón del cargo es la imparcialidad en el ejercicio de la función pública por lo que toca tomar en consideración si con la solicitud o aceptación de dicho beneficio al que no tiene derecho el funcionario público se lesiona o pone en peligro esta imparcialidad entendida en los términos anteriormente expuestos, es decir en su vertiente tanto objetiva y subjetiva.

Estimamos que con el delito de cohecho en razón del cargo se estaría lesionando el bien jurídico protegido, en este caso la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, en su vertiente subjetiva, puesto que el funcionario público que incurre en las acciones típicas que contempla este cohecho ya estaría comprometiendo su disposición interna en pos de los intereses del particular que le entrega aquel beneficio para generar compromisos o conveniencias entre los órganos de la Administración pública y los intereses privados de ciudadanos ajenos a ella¹⁸³, engrasando al funcionario, el cual quedaría dentro de la esfera de control del particular, por lo que ya no se puede hablar de que este funcionario actuaría de forma imparcial y objetiva en caso alguno respecto de los asuntos que deba resolver y que tengan relación con el particular corruptor. En resumen, respecto de este funcionario ya no se puede hablar de que tenga esa imparcialidad subjetiva, su fuero interno ya se encuentra contaminado y sometido a resguardar, no los intereses de la sociedad, como debería ser cuando ejerza su cargo dentro de la Administración pública, sino que estará tomando en cuenta los intereses del particular, sin olvidar que para que este delito de cohecho se consume no se requiere en caso alguno un acto futuro del funcionario, sino que acá se castiga porque este recibe una ventaja o beneficio indebido por razón de su cargo o función de un sujeto que tiene intereses en su ámbito de influencia profesional¹⁸⁴, con lo cual queda conculcada aquella imparcialidad subjetiva que tiene que observar el funcionario en el ejercicio de su cargo.

¹⁸³ Valeije Álvarez, op., cit., pág. 95.

¹⁸⁴ Navarro Cardoso, op., cit., pág. 37.

Respecto de la vertiente objetiva de la imparcialidad que fue apuntada más arriba, se debe hacer un distingo, pues como esta imparcialidad dice relación con la percepción externa que tienen los ciudadanos respecto al actuar imparcial que observan los funcionarios públicos, consideramos que en atención a la forma en como se presentan estos delitos funcionarios en el que sólo participan el funcionario y el particular corruptor de manera evidentemente secreta, es que estimamos que acá también habría una lesión de esta imparcialidad objetiva, entendida esta como el descrédito y desconfianza que tendrá la ciudadanía frente al actuar del funcionario y todo su actuar dentro de la Administración pública debido a la creación de un ambiente de corrupción dentro de ella, el cual evidentemente destruye la confianza de la sociedad en la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones públicas y las eventuales decisiones que esta toma.

Ahora bien, este carácter de lesión de la imparcialidad como bien jurídico con este cohecho en razón del cargo es una de las circunstancias que estimamos como importantes dentro de la tipificación de este delito dentro de nuestro Código penal, pues antes de su inclusión se estaban dejando de lado comportamientos que quedaban fuera de la actividad típica del delito de cohecho, pues no había acto ministerial que permitiera su castigo y que sin embargo representan una grave transgresión a la imparcialidad que debe ser observada por los funcionarios públicos en el ejercicio de la función pública y un ataque, además, a la igualdad de todos los ciudadanos, que se tienen que relacionar con la Administración para el ejercicio de sus derechos.

Capítulo III: Cuestiones técnicas del delito de cohecho en razón del cargo.

A. La falta de contraprestación funcional.

En el delito de cohecho en razón del cargo la característica más distintiva en comparación a las otras formas de comisión que tiene el cohecho es la ausencia de contraprestación funcional por parte del funcionario público que incurre en esta modalidad de cohecho. Esto queda de manifiesto en el artículo 248 de nuestro Código penal, que sólo exige para ser autor de este delito que el *“empleado público que en razón de su cargo solicite o acepte un beneficio económico o de otra naturaleza a que no tiene derecho”*. De manera que la conducta típica del funcionario sólo consiste en solicitar o aceptar, no siendo necesario, para este delito de cohecho en análisis, que el funcionario emita o incurra en algún acto del cargo que detenta.

Esta nota distintiva es lo que hace cuestionar a parte de la doctrina el por qué el Derecho penal es utilizado para sancionar actuaciones de los funcionarios que a simple vista no son tan lesivas en comparación a las conductas descritas en las otras modalidades de cohecho, como en aquellas en que el funcionario de la Administración pública si realiza algún acto de su cargo o de plano comete algún delito a cambio del beneficio recibido. En este sentido VÁZQUEZ-PORTOMEÑE estima que *“para reprimir estas conductas, en lugar de encomendarse al Derecho penal para reforzar los códigos de condena del cohecho y sus “costes morales”, el legislador debería poner sus ojos, en primer lugar, en el Derecho disciplinario, como garante “natural” de la legalidad y transparencia de la actividad de la Administración pública”*¹⁸⁵.

En términos similares OTERO GONZÁLEZ apunta que tradicionalmente ha considerado que el cohecho en consideración al cargo o función, como es conocido en España, no es una auténtica modalidad de cohecho en la medida en que no supone la conculcación del principio de

¹⁸⁵ Vázquez-Portomeñe, op., cit., pág. 175.

imparcialidad, por cuanto la entrega de la dádiva no se condiciona a ningún acto posterior concreto que permita constatar la parcialidad del funcionario¹⁸⁶.

Estimamos que con el desarrollo de este trabajo hemos dejado clara la necesidad de tipificar este delito de cohecho, en el cual si bien no se requiere un acto que materialice la parcialidad del funcionario, efectivamente se lesiona la imparcialidad en el ejercicio de la función pública al cometer las conductas descritas por la norma que castiga penalmente este cohecho.

Hasta antes de la reforma al delito de cohecho, que introdujo a nuestro Código penal el tipo penal en comento, en Chile se exigía que el beneficio económico en cuestión debía ser la contraprestación al menos potencial de una determinada actividad futura o pasada del empleado público¹⁸⁷, por lo que se entendía que lo que hacía el particular era “comprar” un acto del cargo del funcionario, pero si este hecho no se verifica en la realidad, no se incurrió en delito alguno en nuestro país, lo que dejaba un amplio espectro de conductas corruptas en la impunidad. Por lo que la tipificación del cohecho en razón del cargo vino a ponerle un freno a la “compra” no de actos de funcionario sino que a la de funcionarios públicos, que se veían tentados por los beneficios entregados por particulares para tenerlos dentro de su esfera de influencia esperando el momento en el que sean necesarios para la protección de sus intereses privados.

Volviendo a la característica en comento, es decir, la falta de contraprestación por parte del funcionario público, materializada en cualquier actuación de su cargo posterior a la solicitud o aceptación del beneficio indebido, esta no se exige por el tipo penal en estudio para la cometer este cohecho en razón del cargo. Por lo anterior es que, la doctrina considera esta modalidad de cohecho como la figura básica, en este sentido GUZMÁN estima que este cohecho es la forma más general del delito, y no una hipótesis dependiente y especial del cohecho propio¹⁸⁸, por lo

¹⁸⁶ Otero González, op., cit., pág. 64.

¹⁸⁷ Hernández Basualto, Héctor, “*La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho*”. Disponible en: www.senado.cl, pág. 3.

¹⁸⁸ Guzmán Dalbora, op., cit., pág. 15.

que esta falta de contraprestación es la nota distintiva del cohecho en razón del cargo en relación a todas las demás modalidades del delito de cohecho, que para su consumación si requieren alguna actuación del funcionario más allá de solicitar o aceptar el beneficio indebido del particular corruptor.

Ahora bien, la solicitud o aceptación de este beneficio indebido por el funcionario público se debe realizar sólo en atención al cargo que detenta dentro de la Administración pública, por lo que el elemento normativo del tipo “*en razón de su cargo*” sería el elemento de conexión entre el beneficio obtenido y la conducta del funcionario, siendo prescindible para la realización de la conducta descrita en el tipo penal la actuación posterior del funcionario, si efectivamente emite o no algún acto del cargo. Pues, con el cohecho en razón del cargo se castiga aquella conducta que persigue gratificar al funcionario para tenerlo en “buena disposición” de cara a posibles comportamientos futuros. De este modo, se cubrirán situaciones en las que se entabla un trato más o menos continuado entre funcionario y particular con el objetivo de predisponer favorablemente a aquél, sin que se persiga la adopción de actos concretos justos o injustos¹⁸⁹.

Por la redacción del precepto que tipifica el cohecho en razón del cargo queda de manifiesto que no se exige del funcionario la ejecución u omisión de un acto relativo al ejercicio del cargo, sino que basta que se solicite o acepte el beneficio en atención al elemento de conexión antes apuntado, es decir que todo se haga en razón o considerando el cargo que ostenta o ocupa el funcionario público dentro de la Administración, de forma que la única explicación plausible del regalo o dádiva, como se trata en España, sea que el sujeto ostente una determinada condición¹⁹⁰, que en el caso del cohecho es que sea un funcionario público.

Hay que aclarar que si bien la conducta desplegada por el particular que logra corromper al funcionario público mediante la solicitud o aceptación por parte de este último de los

¹⁸⁹ Otero González, op., cit., pág. 65.

¹⁹⁰ Ídem, pág. 73.

beneficios indebidos que el particular está dispuesto a entregar, no se hace con la intención del particular de obtener de manera inmediata y directa alguna contraprestación por parte del funcionario corrupto, el particular tiene como finalidad que aquel funcionario esté de buena disposición para con él para futuros y eventuales favores que pueda necesitar como contrapartida de los beneficios entregados.

Es por esta razón que en la doctrina se habla de que lo que se logra con este tipo de cohecho es un “engrasamiento” puesto que el corruptor tiene como finalidad que el funcionario lleve a cabo un comportamiento futuro, para lo cual el particular procede a ganarse su confianza mediante regalos o ventajas que tiene por objetivo la realización o no realización de un acto relativo a su cargo¹⁹¹, de manera que se ve conculcada la imparcialidad del funcionario público en el ejercicio de sus funciones administrativas. O bien se crea un clima de corrupción dentro del órgano de la Administración pública, que se diferencia este con el engrasamiento, en que en este caso se da el beneficio sin esperar una contraprestación concreta por parte del funcionario¹⁹². Si bien esta diferencia entre el engrasamiento y la creación de un clima de corrupción puede ser mínima, esto no obsta para la consumación del delito de cohecho en razón del cargo, puesto como se ha reiterado, no se requiere en este delito ningún acto de parte del funcionario, por lo que malamente se puede estimar necesario algún acto que exteriorice la parcialidad del funcionario dentro de la estructura de este tipo penal en comento.

Así se estima que lo que el particular realiza es engrasar esperando que, si llega el momento, el funcionario sobornado esté presto a atender los intereses particulares, se crea un clima de corrupción para que, si es necesario, sea más fácil el acceso al funcionario para la atención preferente de los intereses privados del particular corrompedor¹⁹³. En resumen se trata de predisponer al funcionario público a resguardar los intereses de aquel que le entrega aquellos beneficios indebidos en razón de su cargo, ya que precisamente porque no se exige la vinculación con un acto en concreto sino que se ofrece la dádiva o regalo en atención a las

¹⁹¹ Vázquez- Portomeñe, op., cit., pág. 35.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ *Ídem*, pág. 38.

cualidades que definen el correspondiente oficio, esto es, actuaciones que el funcionario pueda realizar en el futuro¹⁹⁴.

Por tanto el elemento “*en razón de su cargo*” debe entenderse como que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario en cuanto ejerce un cargo u ostenta una determinada función, que es lo que abre las expectativas de un posible posterior favorecimiento por parte de la persona corrompida¹⁹⁵.

Se debe hacer referencia a lo que implica el elemento normativo del tipo “cargo” que utiliza la norma que tipifica este cohecho, pues como es discutido en la doctrina especializada si es que dicho término implica lo mismo que la palabra “función” y como este se relaciona con las competencias del funcionario público corrompido dentro de la Administración pública.

Respecto del primer punto abordado estimamos que el término “cargo” se ha entendido que se utiliza para ampliar el tipo objetivo, pues no se exige la competencia específica de la autoridad o funcionario para adjudicar contratos u emitir actos de este u otro tipo¹⁹⁶. Siguiendo a NAVARRO, las expresiones “cargo o función” cubren el espectro del ejercicio de competencias materialmente difuminadas, los supuestos de ausencia de asignación formal, así como de tareas anejas que no son competencias en el sentido estricto de la expresión¹⁹⁷.

Conviene apuntar lo dicho por OTERO sobre este punto en cuanto a que “el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define a *cargo*, en su décima acepción, en sentido figurado como “dignidad, empleo u oficio”. Por su parte, la segunda acepción de *función* se concreta en la “capacidad de acción o acción propia de los cargos y oficios”. Por tanto, desde el punto de vista semántico, son términos vinculados, es decir, la “función” es la acción propia del “cargo”¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Otero González, op., cit., pág. 77.

¹⁹⁵ Ídem, pág. 73.

¹⁹⁶ Navarro Cardoso, op., cit., pág. 123.

¹⁹⁷ Ídem, pág. 124.

¹⁹⁸ Otero González, op., cit., pág. 74.

Teniendo esto presente se puede concluir que la expresión “cargo” es más extensiva y comprende no sólo las competencias específicas que los funcionarios públicos tienen que deben cumplir en el ejercicio de su oficio dentro de la oficina o repartición de la Administración pública a la que pertenecen y prestan servicio, sino que se relaciona con la pertenencia que tiene este funcionario a la Administración.

Aclarado este punto se debe abordar la temática respecto de si es necesario que el funcionario público que se intenta corromper para futuros favores sea competente para estos. Compartimos lo expuesto sobre este punto por RODRÍGUEZ PUERTA en que para poder apreciar el delito de cohecho en cualquiera de sus formas es necesario que el funcionario se comprometa a realizar una actividad como miembro de la Administración¹⁹⁹, de manera que quedan excluidos los actos realizados por el funcionario como particular. Continúa la autora precisando que no es en ningún caso imprescindible que sea competente específicamente para realizar la actividad perseguida por el particular corruptor, sino que se exige que el acto que el privado persigue obtener no resulte completamente ajeno al ámbito de atribuciones del funcionario o que cuando menos, la acción presente una relación directa con el círculo o ámbito de competencias del funcionario o de la oficina o entidad donde presta sus servicios²⁰⁰.

Así, no se requiere que el acto que buscaría eventualmente el particular con este cohecho esté comprendido dentro de las atribuciones específicas del funcionario otorgadas por el acto que lo nombra funcionario de la Administración, bastando con la circunstancia de que la actividad solicitada se encuentre en una “*relación funcional inmediata*” con el desempeño del cargo.

Esta expresión inspirada de la doctrina alemana utilizada en España, define que no es necesario que el acto se encuentre dentro de las estrictas facultades regladas del funcionario pero que si al menos debe entrar en la competencia específica del órgano público del que el

¹⁹⁹ Rodríguez Puerta, op., cit., pág. 205.

²⁰⁰ *Ibidem*.

funcionario corrompido forma parte²⁰¹. Por lo que si se intenta corromper a un funcionario municipal para lograr un acto posterior que es de competencia de un servicio de salud por ejemplo no se estaría dentro de esta relación funcional inmediata, pues el funcionario municipal poco y nada de influencia tiene respecto de los actos de competencia de este servicio de salud.

Concluimos por lo tanto que el funcionario público puede cometer el delito de cohecho cuando se espera de él actos de aquellos para los cuales es objetiva, territorial y materialmente competente, como aquellos otros que, sin ser específicamente competente para adoptarlos, no son ajenos a la órbita de sus competencias, de modo que *de facto* puede llevarlos a cabo bien porque estos resultan facilitados por su posición en la Administración, o bien porque su ejecución corresponde al órgano o entidad de la Administración donde el funcionario presta sus servicios²⁰². Esto es lo que armoniza de mejor manera con la protección del bien jurídico, pues son los poderes que tiene el funcionario derivados de la relación funcional inmediata, no así su competencia específica, la que le da la oportunidad y facilidades para realizar aquellos actos que el particular corruptor espera de él.

B. Objeto material del delito (munuscula).

Al referirnos a este asunto debemos decir, en primer lugar que el Código penal en su artículo 248 inciso primero, al describir este tipo legal señala que el objeto material comprende “*un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho -el funcionario-*”.

Entonces, podemos sostener, que el objeto material se ha ampliado puesto que antes, respecto del cohecho en general, sólo estaban comprendidos los beneficios de carácter económico. En cambio, en la norma actual, el beneficio consiste en un provecho, ventaja o utilidad, es decir, cualquier objeto o conducta que represente una mejora de la situación del funcionario²⁰³ que puede ser económica, jurídica, funcional o personal. Esta mejora puede

²⁰¹ Valejje Álvarez, op., cit., pág. 199.

²⁰² Rodríguez Puerta, op., cit., pág. 206.

²⁰³ Blanco Cordero, op., cit., pág. 5. Si bien en el Código penal español el objeto material está descrito como “dádiva o regalo”, consideramos que se está interpretando en el mismo sentido.

consistir en objetos variados, como un valor patrimonial, o bien un enriquecimiento inmaterial o espiritual²⁰⁴, incluso podría serlo el satisfacer la vanidad del funcionario o su impulso sexual. En definitiva, el beneficio es algo que mejore su posición. Pues, todos estos objetos son idóneos para lesionar la imparcialidad en el ejercicio de la función pública del funcionario beneficiario, pues a través de dichos objetos se puede interferir en su vertiente subjetiva, a través de alguno de estos “regalos” se puede comprometer los intereses del funcionario con los de un tercero, ya sea que éste beneficio consista en dinero, sea estimable en dinero o consista en beneficios de otra clase. Como asimismo, en su vertiente objetiva, pues obviamente si llega a conocimiento de los ciudadanos el hecho de que un determinado funcionario recibe regalías de cualquiera de estas clases por parte de un tercero, necesariamente se verán lesionadas sus expectativas normativas, en cuanto a las condiciones básicas de la participación de los mismos ciudadanos en pie de igualdad frente a la Administración.

En cambio, quedan excluidos del tipo los *munuscula*, que son obsequios o atenciones de pequeño valor, que se entregan o regalan en aniversarios o celebraciones u otras oportunidades admitidas por la costumbre, el protocolo o la simple etiqueta o cortesía. Ellos están excluidos del tipo, pues no representan un beneficio económico que es lo que la figura nos exige, por su misma insignificancia. También quedan excluidos los *xenia*, que son igualmente regalos de baja cuantía pero que se dan con la sola intención de honrar al funcionario, como podría ser la entrega de un ramo de flores o de un diploma o medalla, etc, pero estos quedan excluidos no en atención a su valor, si no en atención a que son entregados con una intención distinta de la de influir en la toma de decisiones públicas del funcionario, pues se entregan en atención a su cargo, pero como un mero reconocimiento.

Ambos supuestos están comprendidos en la regla de atipicidad contenida en el artículo 251 sexies del Código penal, con arreglo a la cual no es constitutivo de cohecho aceptar u ofrecer donativos oficiales o protocolares, ni donaciones de escaso valor económico autorizadas por la costumbre como manifestaciones de la cortesía y la buena educación.

²⁰⁴ Guzmán Dalbora, op., cit., pág. 16.

Aunque determinar qué objetos efectivamente están excluidos por el precepto no es algo que podamos dilucidar a la luz de la mera literalidad de la norma citada.

Como podemos apreciar de lo anteriormente expuesto, el problema radica aquí en la remisión a la costumbre, pero también a las normas de decoro social de la cláusula de atipicidad, por lo tanto debemos buscar criterios para determinar qué clase de costumbres o que requisitos debe reunir un determinado objeto para que se encuentre amparado por la exclusión del tipo y a través de dicho criterio también determinar cuando nos encontramos frente a un objeto de escaso valor económico y también donativos oficiales o protocolares.

Generalmente en la doctrina se promueven los siguientes criterios, el del principio insignificancia y el de la adecuación social. Sin embargo, sostenemos que aquí el asunto debe ser resuelto con la teoría de las normas de cultura de MAX ERNST MAYER.

Respecto al principio de insignificancia, la doctrina estima que es expresión del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como del principio de proporcionalidad. Por lo que los regalos de cuantía insignificante no comportan un peligro abstracto para el bien jurídico protegido, pues este no posee la potencialidad lesiva mínima para conseguir que el funcionario pierda su posición objetiva, nosotros decimos imparcial, pues atenta contra los intereses generales²⁰⁵.

Pasando al segundo criterio, el de la adecuación social se dice que este es un criterio normativo extrapenal, que remite a una fuente de costumbre conforme a la ley, por lo que estando comúnmente admitida la costumbre como fuente complementaria en la interpretación de determinados preceptos penales, la legislación prevé la validez del regalo en tanto refleja la costumbre vinculada a usos sociales y de cortesía²⁰⁶. Hacemos presente que la teoría de las

²⁰⁵ Navarro Cardoso, op., cit., pág. 94.

²⁰⁶ Ídem, pág. 93.

normas de cultura de MAYER forma parte de ese criterio.

Para adentrarnos en esta teoría, debemos señalar que su punto de partida consiste en que MAYER se pregunta quién es el destinatario de las normas jurídicas y sigue en esto a IHERING respecto a que para este autor serían únicamente los órganos estatales y no el pueblo, en tanto sujetos de Derecho²⁰⁷.

Ya que ésta comunidad de sujetos no podría conocer siempre y en todos los casos la ley, y ante el problema de justificar la valoración de su conducta respecto de normas que desconocen, MAYER da un giro argumental y sostiene que el ciudadano está vinculado por normas de otra índole pero que serían igualmente las condicionantes del castigo²⁰⁸.

Es aquí donde hacen su entrada las llamadas normas de cultura, que MAYER define como la denominación general de todos los mandatos y prohibiciones que se imponen al individuo, con el carácter de exigencias morales, convencionales, de tráfico y de profesión²⁰⁹. En este concepto encajan las normas de religión, de la moral, de las costumbres, las normas reguladoras del comercio social, las normas de una cultura limitada a un ámbito profesional, y naturalmente las normas jurídicas.

Sostiene que si los deberes que para cada cual nacen del ordenamiento jurídico son idénticos a los que le impone la cultura, nadie puede quejarse de ser juzgado según normas que no le han sido comunicadas. Por lo tanto, cada uno es juzgado por normas cuya obligatoriedad reconoce sólo que su conocimiento no está referido a la norma modelada bajo forma jurídica, sino a aquella de idéntico contenido, que él ha conocido desde la cultura que vive²¹⁰.

²⁰⁷ Guzmán Dalbora, José Luis, “*Bien jurídico y norma de cultura: Revisión de la teoría de Max Ernst Mayer*”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Núm. 3, 1993, pág. 231.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ Mayer, Max Ernst, “*Normas jurídicas y normas de cultura*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 56.

²¹⁰ *Ibidem*.

Para MAYER, las leyes son obligatorias, aún cuando no se dirigen al pueblo, en la medida que el individuo conozca y acepte las normas de cultura, y que las normas jurídicas coincidan con las normas de cultura²¹¹.

Luego de determinado este concepto, nos queda claro que no se puede identificar sin más las normas jurídicas y las normas de cultura, pues la norma de Derecho quedaría en este sentido sólo como un medio para expresar un juicio de valor, sin otra diferenciación. De este modo, en la medida que el Estado adopta una determinada actitud frente a la cultura, cuando aquel en sus leyes reconoce determinadas normas de cultura y prescinde de las otras, realiza por un lado, una operación crítica de la cultura y por otro lado establece un deslinde entre lo jurídico y lo antijurídico, dejando a la cultura abandonada a sí misma en otros dominios. Esta es la norma de cultura reconocida por el Estado o norma jurídica²¹².

Según MAYER el ordenamiento jurídico reconoce implícitamente como justo lo que reputa como tal según las buenas costumbres exigiendo de los tribunales la aplicación de las normas de cultura en cuanto han sido reconocidas por el Estado²¹³, ya que junto a cada norma de Derecho existe la correspondiente norma de cultura. Por lo tanto, el deslinde de la conducta conforme a Derecho respecto de las conductas contrarias a él, se ejecuta en la legislación, mediante el reconocimiento de las normas de cultura. Siendo así, la esencia del juicio de antijuridicidad radica en la contradicción del acto típico con una de estas normas reconocidas por el Estado.

Como sea, en ningún caso agota la ley el contenido de lo jurídico, una aplicación rigurosa de estas premisas podrá llevar, en determinados casos, a excluir la antijuridicidad de un determinado comportamiento típico y formalmente antijurídico, si no ofende una de esas

²¹¹ Guzmán Dalbora, op., cit., pág. 232.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ *Ibidem*.

determinaciones culturales, o se halla amparado por una de ellas y aunque no esté cubierto por algunas de las causas de justificación, de las que se ponen en los códigos expresamente.

Así este concepto de normas de cultura está presente en la definición de antijuridicidad de JIMÉNEZ HUERTA, quien señala que este elemento del delito es la lesión de bienes jurídicos que, además, ofende los ideales valorativos de la comunidad²¹⁴.

Teniendo presente esta concepción de la antijuridicidad, este juicio no sería sino una relación de contradicción que se formula respecto de una conducta típica que se opone a la normas de cultura en las que el Derecho se basa y se hallan reconocidas por el Estado.

De este modo el bien jurídico, no designa sino particulares normas de cultura reconocidas por el Estado, que por lo mismo ostentan una mayor determinación y que exigen una especial consideración cultural que despierta, una protección penal.

Para JIMÉNEZ HUERTA si el bien jurídico tiene por finalidad hacer posible la seguridad y la justicia en la vida social es obvio que el *quid* de lo antijurídico exige como plus una ofensa a los ideales o aspiraciones valorativas de la comunidad estatal o internacional, esto es, un ataque a las condiciones y circunstancias que hacen posible la vida humana²¹⁵.

Pues bien, en mérito de lo expuesto debemos decir que la remisión a la costumbre del artículo 251 sexies del Código penal, nos lleva al concepto de norma de cultura pues, la costumbre es una norma de cultura en el concepto de MAYER. Él mismo define la costumbre siguiendo a IHERING como la conducta constante que se ha establecido, asentado, radicado firmemente. Así, el autor señala que existen costumbres sociales e individuales y que las que son relevantes aquí son las costumbres sociales, que son las que existen dondequiera que haya sociedades, las que deben ser acreditadas como costumbres del pueblo, oficio o lugar. Tenemos que encontrar aquí entonces una costumbre social que autorice la entrega de estos regalos, y que

²¹⁴ Ídem, pág. 233.

²¹⁵ Ídem, pág. 236.

establezca aquellos que socialmente se aceptan como manifestaciones de cortesía²¹⁶.

Ya que justamente como señala MAYER las costumbres sociales ejercen una influencia profunda y extensa, a la vez que menos discutida, sobre la interpretación y aplicación de la normas jurídicas, y en este aspecto dichas costumbres significan mucho para la judicatura criminal. Pues, compara las leyes con las fórmulas matemáticas que contienen una incógnita variable, como la fórmula que indica el contenido del círculo. Quien quiera aplicar la fórmula debe sustituir la variable incógnita por un valor determinado, lo mismo sucede con quien quiere aplicar las leyes, para su aplicación debe reemplazar los elementos típicos cuyo contenido es incógnito y variable, por certezas. Lo que acontece en muchos casos a través de las costumbres sociales²¹⁷.

Asimismo, ha sido utilizado este recurso a la costumbre por el legislador en Chile, que en este artículo 251 sexies se remite a la costumbre como modo de despejar que donativos son protocolares, y cuáles son de escaso valor autorizados por la costumbre como manifestación de la cortesía y la buena educación.

Si bien las normas de cultura en la teoría de MAYER, en general llevan a excluir la antijuridicidad en ciertos casos en que efectivamente hay un comportamiento típico y si es que dicha norma de cultura no existiese también sería antijurídico y así debiese operar en este caso como causa de justificación supralegal si el supuesto se encuentra amparado por una de dichas normas de cultura.

Sin embargo, aquí opera como cláusula de atipicidad sin que sea necesario llegar al juicio de antijuridicidad, ya que fue expresamente reconocida en el mismo tipo.

²¹⁶ Mayer, op., cit., pág. 141.

²¹⁷ Ídem, pág. 144.

Del mismo modo que nos hemos referido a la remisión a la costumbre de esta cláusula de atipicidad debemos revisar aquella remisión que hace la cláusula a la normas decoro social o convencionalismos, ya que dicha norma en el artículo 251 sexies del Código penal, también hace referencia a “dar u ofrecer donativos oficiales o protocolares”.

Al respecto el mismo MAYER nos señala que “las reglas convencionales son la costumbre de un grupo que resulta vinculante para los miembros de dicho grupo”²¹⁸. De este modo, la regla convencional pueden ser infringida, en la medida que reclama ser reguladora, como imperativo, como norma y en definitiva como norma de cultura. Además, dentro de la teoría de las normas de cultura de este mismo autor, todo lo que hemos dicho respecto de dichas normas vale también para las reglas convencionales.

Sin embargo, consideramos que tenemos que revisar de forma más detallada este concepto y además explicar además cómo operaría respecto de ésta cláusula de atipicidad. Así vemos que el hombre en ciertas circunstancias de su vida se comporta con arreglo a ciertas normas, que no tienen un carácter estricto de moralidad, y que tampoco pueden interpretarse pura y simplemente como Derecho, nos referimos a los usos sociales, convencionalismo, o normas de decoro social²¹⁹.

Las reglas de decoro son un orden de origen consuetudinario, cuyas normas regulan de manera externa y coercible la conducta social del hombre²²⁰.

También podemos decir, de modo más descriptivo a la manera de RECASÉNS SICHES, como reglas -la mayoría de las veces consuetudinarias- que se imponen en calidad de mandatos colectivos anónimos, como supuestos o requisitos de ciertas relaciones sociales en un grupo o círculo especial, ciertamente sin un aparato coercitivo que fuerce inexorablemente a su

²¹⁸ Mayer, op. cit., pág. 141.

²¹⁹ Legaz y Lacambra, Luis, “*Filosofía del Derecho*”, Bosch, Barcelona, 1953, pág. 264.

²²⁰ García Máynez, Eduardo, “*Filosofía del Derecho*”, Porrúa, México D.F., 2ª ed., 1977, pág. 106.

cumplimiento, pero con la amenaza de una sanción de repudio en la esfera colectiva en que vive el sujeto obligado por esas reglas²²¹.

Así, estas reglas se caracterizan por no tener una versión universal, sino que son particulares de cada grupo social, es decir, están adscritas a una esfera colectiva determinada, rigen siempre en un círculo de personas, en una esfera social determinada²²².

Otra de sus características es que tienen como fin la realización de ciertos valores, ya que si estas normas imponen deberes. ello necesariamente implica que quienes las respetan valoran de modo positivo los actos de cumplimiento. Aún cuando no podamos decir que a través de ellas se pretenda realizar un valor fundamental (como la justicia o el bien), ello no priva completamente de valor axiológico los fines perseguidos. No podemos desconocer que los convencionalismos encuentran su realización en una capa superficial del ser humano, en su contacto con otros hombres, aunque no por ello debemos descartar todo valor de la formas externas. Sin embargo, podemos decir, que traslada algunos valores de carácter moral a la esfera del trato, tales como: la deferencia, la cortesía, el buen comportamiento, etc²²³. Por cierto, debemos hacer presente que RADBRUCH no está de acuerdo con este punto, ya que señala que todo producto de la cultura como el Derecho o la moral, constituye un conjunto de obras que está orientado a la consecución de algo valioso, en definitiva, de un valor, si nos preguntamos qué valor están orientados a realizar los convencionalismos, no lo hallaremos, pues no existe. Por lo tanto, no pueden constituir una categoría normativa autónoma de las normas jurídicas²²⁴.

Otra característica de esta clase de normas es que las sanciones que vienen aparejadas a su infracción son más bien difusas puesto que, no hay normas que las regulen, de manera que hace difícil prever, cómo reaccionarán los miembros del grupo, ello les da un carácter de

²²¹ Recaséns Siches, Luis, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2ª ed., 1936, pág. 113.

²²² Ídem, pág. 115.

²²³ Cfr. García Máynez, op., cit., pág. 114.

²²⁴ Cfr. Radbruch, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 4ª ed., 1959, pág. 66.

indeterminación²²⁵ .

Algo que es muy importante resaltar es que las normas convencionales tienen la pretensión de normas, pretenden una validez normativa, constituyen mandatos para sus sujetos y además, su incumplimiento desencadena una sanción de reprobación social o de exclusión de un determinado círculo colectivo²²⁶ . Tienen un carácter normativo, es decir, los convencionalismos son una manifestación de prácticas colectivas a las que la sociedad les atribuye fuerza vinculante. No se trata de simples regularidades de orden fáctico, sino de verdaderas normas de conducta social²²⁷ .

Ahora podemos apuntar que los principales caracteres de esta clase de normas son:

- Su exterioridad, esto quiere decir que los deberes que imponen quedan acatados cuando el sujeto de éstos observa la conducta prescrita sin que su acatamiento dependa de los móviles que internamente pueda tener. Su observancia está sujeta exclusivamente a la realización exterior de lo prescrito²²⁸ .
- Son también, heterónomas, esto es, como ya dijimos tienen su origen en el grupo social respectivo y no en decisiones individuales de los sujetos normativos que deben observarlas, se encuentran obligados por dichas normas por el sólo hecho de pertenecer a ese grupo.
- Son bilaterales, ya que se imponen al sujeto respecto de los demás, aunque éstos no estén generalmente facultados para exigir el cumplimiento de las normas de decoro social, sino solamente para representar ese cumplimiento como algo valioso.
- Son incoercibles, no se puede utilizar a la fuerza socialmente organizada para exigir su cumplimiento ni para hacer efectiva la aplicación de sanciones²²⁹ .

²²⁵ García Máynez, op., cit., pág. 115.

²²⁶ Recaséns Siches, op., cit., pág. 128.

²²⁷ García Máynez, op., cit., pág. 109.

²²⁸ Ídem, pág. 113.

²²⁹ Recaséns Siches, op., cit., pág. 116.

Luego de haber repasado las características principales de esta clase de normas bien podemos afirmar que “dar u ofrecer donativos oficiales o protocolares” corresponde a una remisión a las normas de decoro social pues, estarían adscritas a una esfera social determinada, en este caso sería la esfera de trato social de los ciudadanos respecto de los funcionarios públicos, teniendo por finalidad solamente cumplir con un protocolo previamente establecido, cuya no recepción podría tener una sanción social aparejada o al menos demostrar una falta de cortesía por parte del funcionario recipiendario de este donativo. Estas normas se cumplirían con la mera recepción del donativo, independientemente de la disposición interna del funcionario.

Sin embargo, en este caso al ser donativos protocolares u oficiales, en general deben estar establecidos en alguna norma que regule el funcionamiento del organismo de la Administración al cual pertenece el funcionario tales como una ley o reglamento, aún cuando los donativos que fuesen amparados solamente por la costumbre también caben esta cláusula.

Debemos hacer presente que a veces el Derecho recoge en determinados casos ciertas normas del uso y las convierte en normas jurídicas para algunas personas en una especial situación y consideramos que así es en este caso en que el legislador ha establecido expresamente esta cláusula de atipicidad, en virtud de la posición de funcionario público del sujeto activo de este delito. Si no estuviese expresamente establecido, de todos modos debiese considerarse justificada la recepción de estos donativos por responder a la concreción de normas de decoro social de la sociedad a la cual pertenece el funcionario²³⁰.

En sentido también señala GARCÍA MÁYNEZ, que puede ocurrir que los órganos legislativos se remitan a los convencionalismos, ordenando que la solución de determinados problemas se obtenga por aplicación de aquellas normas²³¹, así ocurre en el caso de la segunda remisión a las normas de decoro social en el artículo 251 sexies del Código Penal cuando señala aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación, estos

²³⁰ Ídem, pág. 131.

²³¹ García Máynez, op., cit., pág. 116.

fines deberán comprobarse junto con la costumbre a la cual se remite.

Así, los obsequios protocolares pueden ser recibidos sin reparos, independiente de cuál sea su monto y su clase, porque el destinatario no es el empleado, sino el órgano al que pertenece. En cambio, la etiqueta social, desde el punto de vista jurídico se traduce, no en el cumplimiento de un deber, sino en el libre ejercicio de la facultad de aceptar o declinar regalos que se entrega amistosamente en la celebración de aniversarios y la práctica de la cortesía. La insignificancia de su monto, no es determinada por el Derecho, la dictan las mismas reglas de gentileza y buenos modales, de modo que el obsequio sea recibido sin que el dador pueda sospechar que el festejado sienta el compromiso de devolver la mano²³².

Finalmente para poder delimitar los alcances de esta cláusula de atipicidad se requerirá la prueba procesal de la costumbre a la que se remite dicha norma la que tiene que ser real, de carácter nacional o bien de carácter regional o local. La misma existencia de la costumbre es la que fijará el escaso valor económico del objeto.

C. Tentativa.

Respecto al *iter criminis*, tradicionalmente se ha dicho por parte de la doctrina que las formas imperfectas de ejecución no son admisibles en los tipos de cohecho, al tratarse de un delito de mera actividad, lo que impide que puedan configurarse tanto la frustración como la tentativa²³³. Frente a esta posición tradicional, se alza aquella doctrina que si bien descarta la posibilidad de frustración en el delito de cohecho, estima que la tentativa se puede presentar.

En cuanto a la tentativa está en nuestro Código penal está regulada en el artículo 7º inciso tercero en los siguientes términos:

“Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito

²³² Guzmán Dalbora, op., cit., pág. 17.

²³³ Cfr. Valeije Álvarez, op., cit., pág. 239.

por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”.

Teniendo esto presente se debe pasar a analizar las dos modalidades de acción que puede realizar el empleado público para cometer el delito de cohecho en razón del cargo. Estas son la de los verbos rectores que ocupa el precepto que tipifica este cohecho, que son la de solicitar o aceptar, pues en función de cuál sea la modalidad ejecutiva variara el momento consumativo del delito²³⁴ y la posibilidad de configurarse la tentativa.

Así en la modalidad de “solicitar”, siguiendo a VALEIJE el momento consumativo ha de entenderse perfeccionada desde el momento en que el funcionario dirige su manifestación de voluntad al particular quien debe recepcionar el significado de la declaración del funcionario²³⁵. Dentro de este escenario y tomando en cuenta que el delito en estudio es considerado uno de mera actividad, queda claro que con esta expresión de voluntad del funcionario solicitando aquel beneficio indebido que debe ser recibida y comprendida por el particular quedaría consumado el delito de cohecho en razón del cargo, pues dicha solicitud debe ser al menos recibida por el interlocutor al cual se le busca persuadir. Entonces la conducta típica de solicitud es un acto de comunicación que implica pedir algo a alguien, por tanto será necesario que la petición llegue a su destinatario²³⁶.

Así, lo normal es que este diálogo entre el funcionario que solicita un beneficio indebido y el particular que es el receptor de esta petición se haga simultáneamente, pero puede darse el caso que entre emisor (funcionario público) y destinatario (particular) no exista la coincidencia espacial o temporal necesaria para que se produzca dicha simultaneidad²³⁷, lo que traería como consecuencia que el momento consumativo del delito sea diferido en el tiempo en relación al momento en que el funcionario manifestó su voluntad con miras a obtener algún beneficio indebido. De lo anterior se sigue la lógica consecuencia de que una vez que el particular haya

²³⁴ Valeije Álvarez, op., cit., pág. 237.

²³⁵ Ídem, pág. 238.

²³⁶ Olaizola Nogales, op., cit., pág. 404.

²³⁷ Valeije Álvarez, op., cit., pág. 237.

tomado conocimiento de la solicitud del particular el delito complete su ejecución, pero nada obsta a que este particular se pueda negar a aceptar dicha propuesta corrupta, lo que no impide de manera alguna que el funcionario público realice la conducta típica del cohecho en su modalidad ejecutiva de “solicitar” y por lo tanto se le pueda imputar este delito.

Esto se colige de que la norma que tipifica este delito nada más exige que el funcionario público se limite a solicitar o aceptar dicho beneficio indebido en razón de su cargo de manera excluyente ambas modalidades de comisión y que la efectiva recepción del beneficio, al menos en la modalidad en estudio no es relevante para la consumación del delito, e incluso se puede decir que esta formaría parte de aquella etapa posterior de agotamiento del delito de cohecho en razón del cargo.

Por esto consideramos que dentro de la modalidad ejecutiva solicitar cabría la posibilidad de configurarse la tentativa, toda vez que se de la situación antes expuesta, lo que también trae como consecuencia que se deba admitir el desistimiento por parte del sujeto activo, en este caso el funcionario público que solicita, por ejemplo, si una vez emitida la petición el funcionario realiza alguna conducta o actividad contraria que impida o tienda adecuadamente a impedir que la solicitud llegue a su punto de destino²³⁸, que es el particular receptor de la solicitud ilícita.

Ahora bien, cabe traer a colación lo expuesto por RODRÍGUEZ PUERTA en relación a este tópico, señala la autora que la expresa tipificación de la solicitud de una dádiva (equivalente al beneficio indebido en nuestro país), sería tentativa de obtener el acuerdo necesario para la consumación de este delito, sitúa la frontera entre la consumación y la tentativa en estadios muy alejados de la lesión del bien jurídico, por lo que esta solicitud del funcionario que no llega a ser recibida ni conocida por el destinatario podría integrar un supuesto de tentativa de cohecho, pero de la cual su incriminación, estima la autora, se presenta cuanto menos dudosa, al no alcanzar el ejemplo expuesto el mínimo de ofensividad para el bien jurídico protegido²³⁹. Creemos correcto

²³⁸ Ídem, pág. 241.

²³⁹ Cfr. Rodríguez Puerta, op., cit., pág. 257- 258.

el parecer de la autora en consideración a los principios de ofensividad o lesividad de bienes jurídicos que debe informar todo Derecho penal, puesto como se consideran como consumadas conductas que desde los principios generales del Derecho penal suponen una tentativa, como es el caso de la modalidad ejecutiva solicitar, estas no tendrían suficiente desvalor para ser castigadas o penalmente relevantes²⁴⁰.

En lo que respecta al modalidad del delito de cohecho en razón del cargo “aceptar”, se debe realizar la precisión si esta aceptación del beneficio indebido por parte del funcionario público requiere o no la efectiva recepción de este, o puede ser solamente la aceptación de una promesa real y sería de que con posterioridad se le hará entrega de aquello ofrecido por el particular, es decir si bastaría para entender consumado el delito en estudio con la aceptación de un ofrecimiento futuro del cual el funcionario aún no tiene poder de disposición.

Sobre este punto en España²⁴¹ se tiene dos opiniones, aquella parte de los autores que estima que basta para entender consumado el delito con la aceptación del regalo o dádiva, sin que se requiera la efectiva entrega²⁴², por lo que el momento consumativo del delito sería el momento en que el funcionario acepta aquel beneficio sobre el cual no tiene derecho, sea este una promesa futura inclusive, de manera que la efectiva disposición del objeto material del delito forma parte, de acuerdo a esta tesis, de la fase de agotamiento del delito²⁴³.

Frente a la opinión doctrinal anterior, se alza la postura que estima que la aceptación implicaría la efectiva recepción de aquel beneficio ofrecido por el particular al funcionario

²⁴⁰Cfr. Olaizola Nogales, op., cit., pág. 406.

²⁴¹ Hay que hacer la prevención respecto a que en España este delito se conoce como “admisión de regalos”, puesto que su redacción es la siguiente:

Artículo 422 del Código penal español: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años”.

²⁴² Navarro Cardoso, op., cit., pág. 60.

²⁴³ *Ibidem*.

público, por lo que si se sigue esta lógica, aquella aceptación de la promesa futura de la entrega del beneficio quedaría en la atipicidad²⁴⁴ en atención a que se le exigiría al funcionario la recepción efectiva del beneficio.

Esta distinción tiene relevancia pues determinaría el momento consumativo del delito en comento y si cabe la posibilidad de tentativa en esta modalidad de ejecución. Estimamos que la correcta interpretación que se debe hacer respecto de esta modalidad ejecutiva es la que entiende la aceptación como lo define la RAE, es decir como, *recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga*²⁴⁵, pues con la aceptación entendida de esta forma ya se han exteriorizado tanto la voluntad del particular al ofrecer el beneficio indebido y la del funcionario público que está presto a recibirlo aunque no sea de manera inmediata, pero la voluntad de corromperse ya se exteriorizo y fue conocida por el destinatario, por lo que el pacto entre funcionario y sobornador ya se verificó, consumando el delito de cohecho en razón del cargo, máxime no se exige la recepción efectiva de lo aceptado por el funcionario²⁴⁶.

Así, la posibilidad de que se configure tentativa en esta modalidad de ejecución del delito de cohecho en razón del cargo es técnicamente posible, aunque sean de difícil verificación en la realidad, un ejemplo dado por OLAIZOLA al respecto sería el caso de un funcionario que cuenta a un amigo sus planes de aceptación de una dádiva y este le denuncia y justo cuando el funcionario va dar la aceptación es detenido por la policía²⁴⁷, si bien la misma autora reconoce que es un caso de muy difícil realización y de laboratorio con dificultades probatorias, hay que reconocer que es conceptualmente posible la tentativa en esta modalidad.

Recapitulando lo expuesto en este apartado, el delito de cohecho en razón del cargo en nuestro Código penal puede presentar dos modalidades de ejecución, la solicitud y la aceptación

²⁴⁴ Cfr. Navarro Cardoso, op., cit., pág. 61.

²⁴⁵ Real Academia española, “*Diccionario de la lengua española*”, 23.^a ed., [versión 23.2]. Disponible en línea: <<https://dle.rae.es>>, fecha de consulta: 28/12/2019.

²⁴⁶ Cfr. Navarro Cardoso, op., cit., pág. 62.

²⁴⁷ Olaizola Nogales, op., cit., pág. 403.

del funcionario de aquel beneficio indebido objeto material del delito. De estas dos modalidades se puede configurar tentativa, aunque respecto de la segunda modalidad, la aceptación, esta es de difícil configuración en la realidad, lo que no quita que sea posible.

Tema aparte es que la tentativa de este delito sea considerada penalmente relevante y merecedora de castigo, pues como se dijo más arriba, en especial con la modalidad solicitar, se discute que con dicha conducta desplegada por el funcionario público se lesione o incluso se ponga en peligro, siquiera abstracto, el bien jurídico protegido, lo que no se condice con los principios rectores del Derecho penal, en especial el principio de lesividad de bienes jurídicos. Con esto no se está diciendo que esta conducta del funcionario sea totalmente ignorada, sino que lo que planteamos es que para el Derecho penal pueden ser consideradas sin la suficiente gravedad para sancionarlas penalmente, lo que en caso alguno obsta para que puedan aplicarse las correspondientes sanciones administrativas al funcionario que incurrió en estas conductas, por la efectiva transgresión a los deberes de su cargo.

Por último, se debe hacer referencia a la posibilidad de que se configure una tentativa inidónea con respecto al delito de cohecho²⁴⁸, se estima que esta si es posible por ejemplo si el particular dirige su ofrecimiento de algún beneficio a un funcionario perteneciente a un organismo de la Administración pública que no tenga relación con el acto o influencia que persigue el particular conseguir, de manera que si intento corromper al funcionario es totalmente inidóneo para alcanzar su finalidad, pero si este representa un peligro objetivo para el bien jurídico sería merecedor de sanción penal, aunque evidentemente de menor intensidad que la prevista para la consecución de este delito.

Respecto del delito de cohecho en razón del cargo la tentativa inidónea también es posible pero con casos de difícil verificación como es la hipótesis de que el funcionario público dirija su solicitud de aquel beneficio a una persona distinta a la pretendida o si el receptor de esta

²⁴⁸ Rodríguez Puerta, op., cit., pág. 258.

solicitud muere antes de conocer el contenido de esta²⁴⁹. La misma prevención acerca de si estas conductas merecen reproche penal se debe realizar en este caso, pues como ha quedado claro estas conductas pueden estar muy alejadas de poner siquiera en peligro el bien jurídico protegido con este delito de cohecho en razón del cargo.

²⁴⁹ Valeije Álvarez, op., cit., pág. 241.

Conclusiones

La reciente modificación realizada a nuestro Código penal por la ley N° 21.121 en relación a los delitos de corrupción trajo a nuestro ordenamiento jurídico la tipificación del delito de cohecho en razón del cargo, figura que no estaba prevista con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Por lo que a lo largo de esta investigación buscamos abordar de la manera más completa aquellos aspectos de mayor relevancia respecto de este delito de cohecho en razón del cargo, especialmente lo relativo al bien jurídico de esta figura, la justificación de su punición y algunos de sus aspectos técnicos de mayor relevancia, análisis del cual podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Respecto al análisis realizado sobre las distintas teorías del bien jurídico del delito de cohecho en general y si este es el mismo para las distintas modalidades que este delito puede presentar, adherimos a la teoría que sostiene que es la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, la que debe guiar el obrar de todo funcionario público, ya que a nuestro parecer la infidelidad a los deberes del cargo se vuelve penalmente relevante cuando implica una forma de relación no autorizada con los ciudadanos, pues la Administración no puede guiar su funcionamiento por los intereses ajenos de terceros, que sólo buscan su provecho personal, en desmedro de los intereses de la sociedad en general.
2. Luego en el estudio específico del bien jurídico del cohecho en razón del cargo sostenemos que también es la imparcialidad en la ejercicio de la función pública, entendida como aquella que tiene una faz objetiva y otra faz subjetiva. Así, consideramos que este delito conlleva un otorgamiento de una posición de privilegio a un interés privado respecto del interés público, pues el funcionario

detenta un cierto poder decisorio y en este delito estaría abusando de dicho poder, en su relación con terceros tergiversando las condiciones de acceso respecto de las diversas prestaciones en las cuales es competente, generando ventajas de cierto sector de la población.

3. En lo referente a la justificación político-criminal que se tomó en consideración para la inclusión del cohecho en razón del cargo, si bien en la discusión parlamentaria no se ahondó demasiado sobre el tema, puesto que no se contemplaba la inclusión de esta modalidad de cohecho, dado el contexto de lucha contra la corrupción dentro de los órganos de la Administración pública. Finalmente se consideró que la inclusión de este cohecho era adecuada para ponerle freno a la costumbre arraigada en Chile de entregar regalos a veces de alto costo, u otro tipo de beneficios a los funcionarios para poder ganarse su simpatía y tenerlos como un aliado de los intereses particulares dentro de la Administración.

4. Posteriormente se analizó el carácter de la ofensa, concluyendo que este delito es de lesión de la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, pues con la comisión de este cohecho se conculca la imparcialidad que debe mantener el funcionario tanto en su faz subjetiva como objetiva.
Respecto de la faz subjetiva, el funcionario al incurrir en este delito estaría comprometiendo su disposición interna a favorecer los intereses del particular que los soborna, dejando de ser imparcial y objetivo en todo lo que se relacione a este particular. Y en cuanto a la faz objetiva, la lesión se produce por la desconfianza que tendría la ciudadanía frente a todo el obrar del funcionario público dentro de la Administración pública, pues esta se cubrirá por un manto de descrédito en razón del actuar ilícito del funcionario.

5. Dentro del estudio realizado a los aspectos más técnicos de este delito, se destacó

la característica distintiva del cohecho en razón del cargo, la falta de contraprestación funcional. Resaltando la prescindencia de esta para la comisión de este delito, pues el elemento de conexión entre el beneficio indebido solicitado o aceptado por el funcionario público al particular es solamente el cargo que este funcionario detenta dentro de la Administración pública.

6. En cuanto al objeto material éste consiste en un beneficio económico o de otra especie, siendo bastante amplio, abarcando incluso beneficios espirituales o inmateriales, como alimentar su vanidad o satisfacer su impulso sexual. Cabe destacar que la reforma sobre este punto introduce una limitación respecto de donativos oficiales o protocolares y aquellos de escaso valor que autoriza la costumbre como manifestación de cortesía o buena educación, ésta cláusula es de atipicidad.
7. Por último, se abordó el *iter criminis* y la posibilidad de que se pueda configurar la tentativa en el cohecho en razón del cargo, la cual ha sido resistida por parte de la doctrina, al estimar que el carácter de mera actividad de este delito excluye la posibilidad de formas imperfectas de ejecución.

Para esto se analizaron ambas modalidades comisivas que establece el tipo penal en nuestro Código penal, lo cual nos llevó a afirmar que la tentativa es posible en ambos casos, con la prevención que en el caso de la modalidad “solicitar” esta puede estar muy alejada de lesionar o incluso poner en peligro el bien jurídico protegido, lo cual hace que su relevancia penal sea, al menos, dudosa. Con respecto a la modalidad “aceptar”, aunque sea difícil la verificación de casos de tentativa en la realidad, esta es conceptualmente posible.

Finalmente estimamos que la incorporación de este delito de cohecho en razón del cargo significó un aporte importante dentro de la necesaria prevención y sanción de todas las formas de corrupción que se pueden presentar al interior de los órganos de la Administración pública y

sus perniciosas consecuencias para el efectivo goce de los derechos e igualdad de todos los ciudadanos frente a la Administración pública.

Bibliografía

1. Abanto Vásquez, Manuel, “*Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*”, Palestra Editores, Lima, 2ª ed., 2003.
2. Aguilar Lopez, Miguel, “*Delitos de peligro e imputación objetiva*”. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/2_delitos-de-peligro.pdf.
3. Antolisei, Francesco, “*Manuale di Diritto penale. Parte speciale*”, Tomo II, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1986.
4. Artaza Varela, Osvaldo, “*La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho*” en *Política Criminal*, Universidad de Talca, vol. 11, N°21, Julio 2016.
5. Balmaceda Hoyos, Gustavo, “*Manual de Derecho Penal, Parte Especial*”, Librotecnia, Santiago, 1ª ed., 2014.
6. Binding, Karl, “*Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts.*”, Besonderer Teil, 2 vols., Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1902-1905 (reimpresión de Keip Verlag), Goldbach, 1997.
7. Blanco Cordero, Isidoro, “*Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos*”, en *La Ley Penal*, Wolters Kluwer, N° 113, Sección Estudios, Marzo-Abril 2015.
8. Bordalí Salamanca, Andrés, “*El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno*”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXIII, 2009.

9. Bustos Ramírez, Juan, "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", Editorial Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1991.
10. Consejo asesor presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción. Resumen ejecutivo. Disponible en: <https://consejoanticorrupcion.cl/portfolio-items/resumen-ejecutivo/?portfolioID=1825>
11. Etcheberry, Alfredo, "Derecho Penal. Parte Especial", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed, t. IV, 1997.
12. De la Mata Barranco, Norberto. "El bien jurídico protegido en el delito de cohecho" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2ª época, nº17, 2006.
13. Donna, Edgardo, "Derecho Penal, Parte Especial", Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 1ª ed., t. III, 2008.
14. García Máynez, Eduardo, "Filosofía del Derecho", Porrúa, México D.F, 2ª ed., 1977.
15. Garrido Montt, Mario, "Derecho Penal, Parte Especial", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 4ª ed., t. III, 2010.
16. Guzmán Dalbora, José Luis, "Bien jurídico y norma de cultura: Revisión de la teoría de Max Ernst Mayer" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Núm. 3, 1993
17. Guzmán Dalbora, José Luis. "El delito de cohecho en Iberoamérica: sinopsis comparativa". Artículo inédito, 2019.

18. Guzmán Dalbora, José Luis. “*Integridad ministerial y autonomía de las funciones públicas como bien jurídico del delito de cohecho en razón del cargo*”, Artículo inédito, 2019.
19. Guzmán Dalbora, José Luis. “*La integridad de los medios personales de la Administración pública como objeto de tutela del cohecho en razón del cargo (admisión de regalos)*”. Ponencia en el IX Congreso Conjunto de Derecho Penal de 29 de mayo de 2019, Valparaíso, Chile.
20. Hernández Basualto, Héctor, “*La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho*”. Disponible en: www.senado.cl.
21. Historia de la ley nº 21.121, Moción parlamentaria, Boletín N° 10.739-07. Disponible en: www.bcn.cl.
22. Homazábal, Hernán, “*Bien jurídico y Estado social y Democrático de Derecho*”, LexisNexis, Santiago, 2006.
23. 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, nº3, 2007, págs. 1-18.
24. Labatut Glens, Gustavo, “*Derecho Penal*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 7ª ed, 1996, t.II.
25. Legaz y Lacambra, Luis, “*Filosofía del Derecho*”, Bosch, Barcelona, 1953.
26. Lombana Villalba, Jaime. “*La tipificación del tráfico de influencia y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública*”. Tesis Doctoral, Universidad de León, España, 2013.

27. Loos, Fritz, “El “bien jurídico” en los delitos de cohecho”, en Ambos K. y Radtke H. (coord.), *Estudios filosófico-jurídicos y penales del Prof. Dr. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
28. Maldonado, Francisco, “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº7, Santiago, 2006.
29. Mañalich Raffo, Juan Pablo, “El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 51, Valparaíso, dic. 2018. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512018000200095&lng=es&nrm=iso#fn39
30. Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia, “Manual de Derecho Penal chileno: Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2018.
31. Mayer, Max Ernst, “Normas jurídicas y normas de cultura”, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
32. Montoya Vivanco, Yván (coord),” *Manual sobre delitos contra la Administración pública*”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015.
33. Muñoz Conde, Francisco, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia, 20ª ed., 2015.
34. Navarro Cardoso, Fernando. “El cohecho en consideración al cargo o función”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
35. Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio, “La prevaricación del funcionario público”, Civitas, Madrid, 1980..

36. Olaizola Nogales, Inés, “*El Delito de Cohecho*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
37. Oliver, Guillermo, “*Aproximación al Delito de Cohecho*”, Revista de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, N°5, 2004.
38. Otero González, Pilar, “*El nuevo delito de cohecho en consideración al cargo o función. Su tipificación conforme a la STS 478/2010, de 12 de mayo*”, Cuadernos de Política-criminal, 2ª época, Núm. 105, España, 2011.
39. Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia, “*Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., 2004.
40. Radbruch, Gustav, “*Filosofía del Derecho*”, Revista de Derecho Privado, Madrid, 4ª ed., 1959.
41. Real Academia Española, “*Diccionario de la lengua española*”, Edición Tricentenario, 2019.
Disponible en: <https://www.rae.es/>.
42. Recaséns Siches, Luis, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2ª ed., 1936.
43. Rodríguez Collao, Luis, “*La función pública como objeto de tutela penal*” en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXVI, 2005.
44. Rodríguez Collao, Luis; Ossandón Widow, María Magdalena, “*Delitos contra la Función Pública: El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., 2011.
45. Rodríguez Devesa, José María, “*voz Cohecho*”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, t. IV, 1952.

46. Rodríguez Devesa, José María, *“Derecho Penal Español, Parte Especial”*, Dykinson, Madrid, 16ª ed., 1993.
47. Rodríguez Puerta, María José, *“El delito de cohecho: problemática jurídico- penal de soborno de funcionarios”*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
48. Valeije Álvarez, Inmaculada, *“Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho”*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, vol. XVIII, 1995.
49. Valeije Álvarez, Inmaculada, *“El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El Delito de Cohecho”*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995.
50. Vázquez-Portomeñe, Fernando, *“Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado cohecho de facilitación”*, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3º época, Nº 6, Madrid, 2011.