

LA INCONVENIENTE EXIGENCIA DE UN ACTO FUNCIONARIO
DETERMINADO COMO CONTRAPRESTACIÓN EN EL DELITO DE COHECHO

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO
Universidad Diego Portales

SUMARIO: I. Introducción. II. La exigencia de actos funcionarios determinados como contraprestación (potencial) del beneficio indebido en la regulación chilena del cohecho. III. Un diseño inconveniente, tanto en términos sustantivos como probatorios. IV. La inequívoca tendencia del derecho comparado. V. Perspectivas para Chile.

PALABRAS CLAVE: Cohecho - actos funcionarios - delito funcionario.

I. INTRODUCCIÓN

Lo que se quiere afirmar en este trabajo es que, en su actual formulación legislativa en el derecho chileno, el delito de cohecho en sus diversas variantes (arts. 248, 248 bis y 249 del Código penal¹) y el correlativo delito de soborno (art. 250) requieren que el beneficio a que hacen referencia los tipos penales constituya, real o potencialmente, la *contraprestación* de una o más actuaciones *determinadas*, pasadas o futuras, del empleado público en cuestión o, a la inversa, que dichas posibles actuaciones determinadas constituyan la contraprestación de tales posibles beneficios.

Con esto no se pretende estar señalando un punto novedoso, pues se trata de un alcance manifiesto, que fluye inmediatamente de la sola lectura de los preceptos legales. Se trata simplemente de llamar la atención sobre algo que, no obstante ser evidente, no siempre se ve y de lo cual no siempre se extraen las obvias consecuencias prácticas. En efecto, discusiones a propósito de casos recientes en nuestro medio indican que este rasgo esencial del actual diseño legislativo en materia de cohecho pasa muchas veces inadvertido, a lo que puede contribuir la circunstancia de que no se trata de un aspecto especialmente destacado por la literatura especializada, con seguridad no porque no lo advierta, sino porque lo asume como algo que, por obvio, no requiere mayor explicitación.

Pero es indudable que sí la requiere, porque, como se expondrá en las páginas siguientes, este diseño legal tiene consecuencias muy graves para la efectiva represión de la corrupción de empleados públicos en Chile. Aquí se sostiene que este modelo debe ser reemplazado por uno diferente, que tenga como objeto de

¹ En lo sucesivo, artículos sin otra mención corresponden a los del Código penal chileno.

referencia de cualquier beneficio económico real o potencial no ya un acto propio del cargo, sino simplemente la condición de empleado público del funcionario. Los anuncios recientes sobre el inicio de un proceso de recodificación penal en nuestro país brindan una ocasión propicia para justificar esta posición.

II. LA EXIGENCIA DE ACTOS FUNCIONARIOS DETERMINADOS COMO CONTRAPRESTACIÓN (POTENCIAL) DEL BENEFICIO INDEBIDO EN LA REGULACIÓN CHILENA DEL COHECHO

La actual regulación del cohecho en Chile exige que la conducta del agente en cuestión (sea el privado, sea el empleado público) esté precisamente enderezada a la conclusión de un cierto “acuerdo ilícito” (en otras tradiciones jurídicas: *Unrechtsvereinbarung*, *quid pro quo-Requirement*) más o menos sinalagmático, en el que una parte aporta un acto funcionario determinado y la otra un beneficio económico, o bien que dicho acuerdo constituya la razón de la conducta.

Para evitar de antemano posibles malos entendidos, por cierto no se pretende poner aquí en duda que desde la modificación fundamental que sufrió la disciplina del cohecho y del soborno mediante la ley N° 19.645, de 11 de diciembre de 1999, no es necesario para la consumación de estos delitos que efectivamente se verifique un acuerdo de voluntades entre el privado y el empleado público, consecuencia que, por lo demás y como es bien sabido, constituyó el propósito principal de la mencionada ley en esta materia². Nadie puede poner en duda que en la actualidad el cohecho y el soborno no son delitos de encuentro o bilaterales y que la punición de cada uno de los sujetos depende exclusivamente de su propia conducta y no de lo que hagan o dejen de hacer los otros³. Pero al mismo tiempo es indudable que la conducta de los sujetos en cuestión sólo es relevante para los efectos de los respectivos tipos penales si está dirigida a o está fundada en un acuerdo ilícito, que aunque no necesita darse en la práctica, constituye su objeto de referencia obligatorio.

² Boletín N° 1177-07. Ya la moción de 12 de abril de 1994 adelantaba el momento consumativo del cohecho y del soborno, independizándolo de un acuerdo efectivo y de su efectivo cumplimiento por las partes, y lo justificaba en los siguientes términos: “Es necesario terminar con el carácter bilateral del delito, esto es, no puede mantenerse como requisito del mismo el que se produzca concurso de voluntades entre el empleado público que pide una coima y el particular que acepta pagarla; o al revés, entre el particular que ofrece una coima y el empleado público que admite recibirla. En cambio, debe sancionarse como delito de cohecho tanto la conducta del empleado público que pide una coima, aunque su petición no sea aceptada, como la del particular que la ofrece, aunque su oferta sea rechazada por el funcionario”. Como es ostensible, esta idea rectora se mantuvo inalterada hasta el final de la tramitación parlamentaria.

³ Sin perjuicio de que para efectos penológicos sea relevante si la iniciativa la tomó el agente (caso en el cual su pena será mayor) u otro sujeto (caso en el cual será menor). Sobre el indudable carácter unilateral del cohecho luego de las modificaciones de la ley N° 19.645, OLIVER, Guillermo, Aproximación al delito de cohecho, *Revista de Estudios de la Justicia* (REJ) N° 5 (2004), 83 (92); RODRÍGUEZ, Luis/OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2008, p. 328.

Porque, aunque ya no sea necesario que el empleado público cometa efectivamente un delito funcionario o ejecute un acto obligatorio propio de su cargo y no sujeto a remuneración, en ambos casos “por dádiva o promesa”, como exigían los antiguos artículos 248, 249 y 250 del Código penal, para que tanto él como el sobornador incurran en responsabilidad penal, la referencia a cierto tipo de actividades que el empleado público podría llegar a desplegar o en efecto ha desplegado sigue siendo absolutamente indispensable en el derecho vigente.

En efecto, la ley sigue exigiendo que el empleado público solicite o acepte recibir un beneficio económico indebido “para ejecutar o por haber ejecutado” (o en algún caso “para omitir o por haber omitido”) algo muy preciso, a saber: un “acto propio de su cargo” en el caso del art. 248, un “acto con infracción a los deberes de su cargo” en el caso del art. 248 bis o un determinado delito funcionario en el caso del art. 249, en tanto que el beneficio ofrecido o consentido en dar por el particular al empleado público debe, en perfecta simetría con la regulación del cohecho, haberse ofrecido o consentido “para que [el empleado] realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas”.

De este modo, queda claro que para la ley el beneficio económico en cuestión debe ser la *contraprestación*, al menos potencial, de una determinada actividad futura o pasada del empleado público o, en otras palabras, que la actividad del empleado público debe ser un *servicio* que se presta al particular, por el cual éste paga un *precio*, que es el beneficio económico. Huelga reiterar que no es necesario para que se consume el delito ni el acuerdo de voluntades, ni el pago del beneficio económico ni la ejecución del acto funcionario para el cual o por el cual ese beneficio se solicita, se acepta recibir, se ofrece o se consiente en dar⁴, pero sin referencia a tal acuerdo y a las prestaciones recíprocas que le sirven de objeto, simplemente no puede haber cohecho ni soborno.

En consecuencia, en el derecho chileno no constituye soborno el pago de un beneficio económico a un empleado público (mucho menos la sola oferta del mismo o el consentimiento en darlo), como tampoco constituye cohecho su percepción efectiva (mucho menos su solicitud o su aceptación), si ese pago (o su oferta o consentimiento en darlo, o su solicitud o aceptación a recibirlo) no constituye la precisa *contraprestación*, al menos potencial, de *determinados actos* del funcionario.

De este modo, no existe entre nosotros soborno ni cohecho sin la idea de *contraprestación*, sin la idea de un “acuerdo ilícito” más o menos sinalagmático. Y esto es así desde muy temprano, porque en este punto la Comisión Redactora del Código penal chileno se apartó deliberadamente del modelo español. En efecto, el art. 314 del Código peninsular de 1850, luego de reprimir la comisión de los delitos funcionarios previstos en los capítulos previos del Título VIII (“De los delitos de los

⁴ La “impaciencia del legislador” que acusan MATUS, Jean Pierre/RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno*. Parte especial, T. II, Thomson Reuters, Santiago 2015, p. 295.

empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”) y la ejecución u omisión de “cualquier acto lícito o debido propio de su cargo”, en ambos casos “por dádiva o promesa” (incisos primero y segundo), establecía en su inciso tercero, además, lo siguiente:

“El empleado público que admitiere regalos, que le fueren presentados en consideración a su oficio, será castigado por este solo hecho con reprehensión pública, y en caso de reincidencia con la de inhabilitación personal”.

De lo anterior se desprende con claridad que en el modelo español la idea de que la dádiva o promesa fuese la contraprestación de actos determinados del empleado público no era consustancial a la regulación del cohecho, pues sólo incidía en los casos más graves de los incisos primero y segundo, al punto que bien se podía decir que el principio rector de dicha regulación era precisamente el inverso y que la sola admisión de regalos dados genérica e indeterminadamente al empleado público “en consideración a su oficio” constituía la figura básica de cohecho. Para decirlo con palabras de *Pacheco*:

“Como se ve, pues, la idea capital del cohecho consiste en la presentación y admisión de dádivas o promesas a un empleado público, *en consideración de su empleo*. Siempre que esto se verifica, hay hecho punible; mas en el cual pueden encontrarse tres grados. Primero, de menor a mayor, el de la admisión de regalos *sin objeto determinado ostensible*; segundo, el de la admisión de los mismos regalos, para hacer lo que se debía o podía hacer; tercero, el de igual admisión, para cometer un delito, un abuso”⁵.

A pesar de las múltiples modificaciones que ha sufrido la regulación española del cohecho a lo largo de los años, esta idea se mantiene inalterada hasta la actualidad, ahora expresada en el art. 422 (originalmente 426) del Código de 1995, de acuerdo con la redacción que le diera la Ley Orgánica N° 5/2010, de 22 de junio, a saber:

“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”.

Sobre el particular se ha destacado, correctamente, que los beneficios relevantes desde un punto de vista jurídico-penal no necesitan haber sido ofrecidos al funcionario público en atención “a un acto concreto de su cargo, sino a la generalidad de actos propios de su función. No tienen, pues, contrapartida en la realización de un acto concreto”⁶. Y se agrega:

“La expresa utilización del término ‘dádiva’, añadido al vocablo ‘regalo’, es bien elocuente del deseo legislativo de despejar cualquier duda acerca de la innecesidad

⁵ PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado*, 4ª edición, Imprenta de Manuel Tello, Madrid 1870, T. II, p. 497, énfasis agregados.

⁶ MIR PUIG, Carlos, *El delito de cohecho en la reforma del Código penal*, *Diario La Ley* N° 7603, 4 de abril de 2011.

de un significado retributivo, por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al funcionario receptor... A través de este precepto se pretende reprimir los obsequios hechos al funcionario público, no como premio explícito a un acto anterior al cargo, sino en general como forma de captar su favor o para predisponer su ánimo a favor del donante en el ejercicio futuro de su profesión”⁷.

Pero, como venimos diciendo, en este punto la Comisión Redactora desechó el modelo español, primero de modo tácito, al prescindir del citado inciso tercero del art. 314 en la primera deliberación sobre los que llegarían a ser los artículos 248 y 249 del Código original⁸, y luego en forma expresa, cuando, ante una propuesta específica que, invocando precisamente la autoridad del Código español, estaba por introducir una cláusula semejante, la desecha “teniendo presente que esto ocurre casi siempre de una manera que no compromete la honradez del empleado sin que éste pueda en muchos casos impedirlo”⁹.

Es decir, por clara decisión de la Comisión Redactora, decisión que la legislación posterior ha mantenido inalterada¹⁰, en Chile la situación legal es radicalmente diferente a la que rige en España y no constituye delito ni el pago ni el ofrecimiento de beneficios económicos a un empleado público simple y genéricamente *en razón de su cargo*, como tampoco lo constituye la solicitud ni la aceptación de tal beneficio en los mismos términos genéricos, sin referencia a actuaciones determinadas del empleado.

Como apunta *Etcheberry*, sólo “si la recepción de dicho regalo está *en relación directa con la ejecución u omisión de un acto obligatorio*, surgirá la figura de que tratamos”¹¹, de modo que no hay espacio entre nosotros para la punición de la entrega u oferta de beneficios hecha con el propósito genérico de congraciarse con un empleado público, de ganarse su favor o “buena voluntad”, aunque no se haga por puro altruismo sino por calculado interés, porque para la ley chilena es indispensable que de algún modo “se compre” un acto determinado de servicio y no algo así como la buena disposición del funcionario. Y lo mismo rige para la solicitud o aceptación de beneficios bajo las mismas condiciones, porque para nuestra ley es indispensable que “se venda” un acto de servicio. A esto se refería

⁷ MIR PUIG, *Diario La Ley* N° 7603, 4 de abril de 2011, con referencias a la opinión extendida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia peninsular (STS de 13 de junio de 2008), en cuanto a que, por ello, se trataría de un delito de peligro abstracto.

⁸ En la Sesión 52, de 4 de agosto de 1871, en Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno, Imprenta de la República de Jacinto Núñez, Santiago 1873, p. 103.

⁹ Sesión 154, de 13 de junio de 1873, en Actas, p. 276.

¹⁰ En efecto, ni la ley N° 19.645 ni las demás leyes que han incidido en la regulación del cohecho (leyes N°s. 19.829, 20.341, 20.730) innovaron al respecto.

¹¹ ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho penal. Parte especial, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, T. IV, p. 256, énfasis agregado.

también *Labatut* cuando entre los requisitos del cohecho mencionaba que la dádiva o promesa debía tener “*por objeto* que el funcionario ejecute un acto justo o injusto de su función o de abstenerse de ejecutar un acto propio del cargo”, para rematar luego, con singular ingenio: “Es más bien un *delito de función* que un delito de funcionario”¹².

Ésta es la razón por la cual no se conocen entre nosotros procedimientos penales ni mucho menos condenas por beneficios, aun cuantiosos, dados y recibidos a un empleado público sin conexión con un acto de servicio determinado. Un caso no muy lejano y de gran trascendencia pública que lo confirma es el del regalo de un caballo que un empresario del sector de la construcción le hiciera al Ministro de Vivienda en ejercicio con motivo de su cumpleaños, el año 1995.

III. UN DISEÑO INCONVENIENTE, TANTO EN TÉRMINOS SUSTANTIVOS COMO PROBATORIOS

El que se acaba de describir es, inequívoca e ineludiblemente, el estado del derecho vigente en Chile. Y se trata de un estado insatisfactorio, que compromete seriamente la efectividad de la represión de la corrupción de empleados públicos, en particular aquella que se practica a gran escala o sistemáticamente.

Desde luego porque, desde un punto de vista *sustantivo*, en un contexto social como el actual, que es nítidamente más exigente en materia de probidad administrativa, el diseño legal resulta demasiado condescendiente con la distribución de beneficios por parte de privados a empleados públicos en razón de su cargo¹³. Sin necesidad de discutir la posibilidad de tolerar la entrega de pequeños presentes de estilo o de atenciones nimias de cortesía, los que, al margen de su carácter altamente problemático, han sido objeto desde antiguo de una discusión particular,

¹² LABATUT, Gustavo, Derecho penal, T. II, 7ª edición (a cargo de Julio Zenteno), Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1983, p. 91, énfasis agregado. Y mucho antes FERNÁNDEZ, Pedro Javier, Código penal de la República de Chile explicado y concordado, T. I, 2ª edición, Imprenta Barcelona, Santiago 1899, p. 404, llamaba la atención sobre la expansión de prácticas abusivas del tipo cuya punición había rechazado la Comisión: “Los alumnos de un colejo, los empleados subalternos de casi todas las oficinas públicas, consideraban, no solo correcto sino obligado, hacer obsequios a sus profesores o jefes, especialmente en el día de su cumpleaños. Los alumnos subalternos, pudieran o no hacerlo, debían contribuir a esos obsequios. Este mal se hizo extensivo hasta el ejército, relajándose la disciplina”. Pero luego constataba y concluía: “Afortunadamente hoi ha desaparecido casi por completo esa mala práctica, *sin necesidad de que se elevara a la categoría de delito por el presente Código*: ha bastado solo la condenación pública, por lo que debemos felicitarnos” (énfasis agregado).

¹³ En principio es indiscutible la legitimidad de la entrega de beneficios en virtud de *otras calidades* (privadas y permitidas) del funcionario: naturalmente puede heredar o recibir beneficios incluso cuantiosos de su cónyuge o sus parientes o puede tener éxito con sus inversiones, entre otras posibilidades.

en términos generales no se aprecian razones de ningún tipo para tolerar que los empleados públicos, al margen de los derechos que eventualmente pudieran corresponderles, reciban en razón de su cargo beneficios de parte de privados, aunque tales beneficios no puedan conectarse a ninguna actuación específica del funcionario. También en ese caso la ausencia de motivos plausibles o, al menos, la inevitable equivocidad de los mismos, hace que el hecho constituya la “compra” del favor del funcionario, con lo que se afectan los presupuestos de lo que la ley pretende proteger, como es la garantía de una función pública imparcial¹⁴. La diferencia con la “compra” de un acto determinado es, en el mejor de los casos, sólo de grado, sin contar con que la falta de conexión con actos determinados puede incluso sugerir algo más grave, como es la “compra” del funcionario en cuanto tal, esto es, genéricamente, para “todo servicio”.

Esta última afirmación conecta inmediatamente con la cuestión *probatoria*, que da pie a la objeción fundamental contra el diseño del derecho vigente. En la medida en que no hay motivo plausible para asumir que el beneficio dado al funcionario constituye un acto gratuito y desinteresado, se puede asumir que se le está “comprando” en cuanto tal y que la falta de conexión del beneficio con un acto específico se explica o bien porque aún no se necesita de él ningún acto en particular, o bien porque simplemente no hay prueba suficiente, no ya del pago ni de su relación con el cargo público, sino que de la sutileza consistente en que el pago tuvo por objeto preciso retribuir un *determinado* acto del funcionario.

Las consecuencias probatorias del diseño legal son evidentes: cualquier condena por la figura más simple de cohecho o soborno supone que se haya acreditado más allá de toda duda razonable no sólo que ha habido determinadas manifestaciones de voluntad (por parte de un empleado público, de un particular o de ambos) en relación con un posible pago a un empleado público, sino además que ese pago representaba la contraprestación al menos potencial por un *determinado acto de servicio*, pasado o futuro, por parte del funcionario en cuestión. Sin prueba suficiente al respecto, simplemente no es posible hablar de cohecho ni de soborno.

Nótese que no se está hablando de las dificultades probatorias más recurrentes en materia de cohecho, como es la prueba del pago al funcionario (y, con mayor razón, de las tratativas previas a su respecto). Porque incluso si está acreditado el pago y la realización por parte del empleado público de determinadas actuaciones en favor de quienes efectuaron el pago, falta todavía acreditar que dicho pago es la retribución por tales actuaciones. Y la prueba de esta circunstancia específica no es necesariamente sencilla, no por adhesión a ciertas lamentables exageraciones

¹⁴ En Chile recogen la imparcialidad del ejercicio de la función pública como bien jurídico protegido por los delitos de cohecho y soborno RODRÍGUEZ/OSSANDÓN, *Delitos contra la función pública*, p. 330.

usuales en nuestro medio en cuanto a las exigencias probatorias que deben regir respecto de estos delitos, sino porque se trata de una circunstancia que puede ser muy sutil.

Sin duda habrá muchos casos en que, sobre la base de *indicios*, no será difícil tener por acreditada la conexión entre el pago y un determinado acto de servicio, *por una parte*, porque no resulta plausible que el pago efectuado pudiera haber tenido una motivación independiente, distinta de la calidad que ostentaba el sujeto que lo recibió¹⁵; y *por la otra*, lo que será decisivo, porque no resulta plausible que el pago hecho en razón del cargo del sujeto no haya sido, además, la contraprestación por un acto determinado de servicio, lo que puede colegirse, por ejemplo, de la circunstancia de que el acto en cuestión es muy relevante para los intereses de quien efectúa el pago, que se trata de un acto más o menos extraordinario¹⁶, que el interesado no tiene derecho a que el acto se dé necesariamente en el sentido en que se dio y que lo probable era más bien lo contrario, que el rol del funcionario en ese acto es más o menos determinante, etc.

Pero si tal no es el caso y, por ejemplo, no se trata de actuaciones extraordinarias ni especialmente importantes, ocurre que el particular “favorecido” podría haber accedido de todas formas al “favor” sin necesidad de pago alguno, al funcionario en cuestión o a cualquier otro, o bien resulta que respecto de las gestiones que podrían considerarse más significativas del funcionario éste no tenía un verdadero poder de decisión, entre muchas otras posibilidades, la prueba de la conexión se vuelve en extremo difícil, cuando no sencillamente imposible. En el contexto de una sucesión de actos funcionarios más o menos ordinarios, los actos puntuales que denotan un cierto favor, pero que tampoco alcanzan ribetes extraordinarios, se pueden ver como simples manifestaciones de eso mismo, es decir, de “favor”, de cercanía, de simpatía o buena voluntad, la que por cierto puede verse reforzada por el incentivo que representa el pago, pero que, como se ha venido diciendo, no permiten configurar el delito de cohecho o soborno bajo el derecho actualmente

¹⁵ En general, esto es relativamente sencillo porque, a menos que exista un vínculo más o menos estrecho entre las partes (de naturaleza familiar, de amistad, de intereses comunes, profesional, etc.) que trascienda temporal y temáticamente de la relación administrativa y que, además, pueda explicar de un modo plausible la concesión de un beneficio y la magnitud del mismo, todo sugiere que la razón del pago fue, precisamente, la calidad de empleado del sujeto.

¹⁶ De ahí que la conexión resulte relativamente obvia en los supuestos de los arts. 248 bis o 249 y del art. 250 en relación con los dos anteriores. Esto deja en evidencia una cierta paradoja del diseño legal: para que haya cohecho o soborno no es necesario que el acto de servicio sea “injusto”, es decir, no se requiere que implique infracción de deberes funcionarios, esto último sólo es requisito de las figuras calificadas de los arts. 248 bis y 249, así como del art. 250 a su respecto; sin embargo, la infracción de deberes puede ser la nota extraordinaria que distingue a un determinado acto de servicio y que permite colegir su carácter de contraprestación de un determinado pago y, con ello, satisfacer la exigencia de la figura básica.

vigente en Chile. Lo mismo rige, y de un modo mucho más claro, cuando derechamente no es posible identificar ningún acto del funcionario que pueda considerarse realizado en favor de quien ha efectuado un pago.

No parece ser éste un escenario aceptable, máxime si se considera que la solución para todas estas dificultades es extraordinariamente sencilla y no representa ninguna restricción exagerada de la libertad general de actuación, como es la simple imposición de un deber absoluto, jurídico-penalmente reforzado, de abstenerse de solicitar o aceptar beneficios en razón del cargo público, así como de ofrecerlos o consentir en darlos por esa misma razón.

IV. LA INEQUÍVOCA TENDENCIA DEL DERECHO COMPARADO

La situación del derecho chileno vigente corresponde a la que tradicionalmente exhibieron otros ordenamientos jurídicos del ámbito europeo-continental, varios de los cuales, sin embargo, por razones como las expuestas, han transitado en los últimos años desde una regulación que exigía actos funcionarios determinados como contraprestación al menos potencial del beneficio ofrecido o solicitado, a un régimen en que la figura básica de cohecho se satisface con una relación más laxa entre el beneficio y, ahora genéricamente, el cargo público o su ejercicio como razón.

Es el caso de la legislación en Alemania. Hasta 1997 los §§ 331 y 333 del Código penal alemán, referidos al cohecho impropio pasivo y activo, respectivamente, exigían que el llamado “acuerdo ilícito” estuviera referido estrictamente a un beneficio “como contraprestación de un acto de servicio”. Sin embargo, mediante la ley para el combate de la corrupción de 20 de agosto de 1997 (BGBl. I, p. 2038), basta con que el beneficio se ofrezca o solicite más genéricamente “por el ejercicio del cargo”. El sentido de este cambio, del reemplazo de la referencia específica a un “acto de servicio” (*Diensthandlung*) por la más genérica al “ejercicio del cargo” (*Dienstausübung*)¹⁷, es evidente y se encuentra plenamente reconocido: se trataba de abarcar conductas que hasta ese momento eran sencillamente atípicas, tales como las destinadas a promover y mantener el buen clima en la relación con los funcionarios (“*Klimapflege*”) o derechamente a “aguacharlos” (“*Anfüttern*”), pero sin conexión con ningún acto funcionario determinado o determinable, así como proveer de una respuesta penal cuando las dificultades probatorias impidieran

¹⁷ La traducción literal de *Diensthandlung* sería “acción de servicio”, en tanto que la de *Dienstausübung* sería “ejercicio del servicio”; sin embargo, resultan más conforme a su sentido en castellano las expresiones usadas en el cuerpo de este informe.

acreditar dicha conexión¹⁸. El *Bundesrat* (la cámara representativa de los Estados federados) propuso incluso que el beneficio en cuestión simplemente estuviera “en relación con su cargo”¹⁹, lo que, sin embargo, en definitiva no prosperó.

También en Suiza, mediante la ley de 22 de diciembre de 1999 sobre revisión del derecho penal de la corrupción (AS 2000, 1121), se pasó de un régimen que exigía conexión entre beneficio y acto funcionario determinado a un modelo más laxo, al menos respecto de la figura básica de cohecho y soborno. Mientras que se sigue exigiendo un acuerdo ilícito respecto de actos determinados para las figuras de soborno y cohecho respecto de actuaciones ilícitas del funcionario (arts. 322^{ter} y 322^{quáter} del Código penal), tratándose de los arts. 322^{quinquies} y 322^{sexies}, referidos al soborno y al cohecho respecto de actuaciones lícitas, éstos se satisfacen con un beneficio ofrecido o solicitado simplemente “en vista del ejercicio del cargo” (*im Hinblick auf die Amtsführung*). Ya en el mensaje con que se inició la tramitación parlamentaria de la ley se podía leer el inequívoco propósito de capturar las mismas hipótesis que se quería abarcar en Alemania, señalándolas como “típicas de la construcción de la especialmente peligrosa corrupción sistemática”²⁰. Al respecto se admite sin discusión que estos preceptos no sólo se aplican cuando no exista un “acuerdo ilícito” en sentido estricto, referido a un acto determinado y que da lugar a la aplicación de los arts. 322^{ter} y 322^{quáter}, sino también cuando no sea posible acreditarlo²¹.

Algo similar, si bien con exageradas exigencias subjetivas, se observa en la evolución del Código penal austriaco, que incluso después de la profunda reforma de estos delitos mediante la Ley de modificación del Derecho penal de la corrupción de 18 de agosto de 2009 se había mantenido aferrado a la exigencia de la realización u omisión de un determinado acto de servicio como contraprestación del beneficio solicitado o aceptado²², pero que terminó por consagrar, mediante la Ley de mo-

¹⁸ Al respecto, véanse las motivaciones parlamentarias en la Recomendación de acuerdo e Informe de la Comisión Jurídica del Bundestag sobre el Proyecto de Ley para el combate de la corrupción, de 26 de junio de 1997, BT-Drucks. 13/8079, p. 15. Véase también KÜPER, Wilfried, *Strafrecht. Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen*, 6ª edición, C.F. Müller, Heidelberg 2005, p. 423 s.

¹⁹ BT-Drucks. 13/3353, pp. 5, 11.

²⁰ Véase Mensaje de 19 de abril de 1999 (BBl 1999 5497 [5498, la idea se repite en 5508 s.]). Disponible en: [https://www.admin.ch/opc/search/?lang=de&language\[\]=de&product\[\]=fg&ext=1999+5497&lang=de](https://www.admin.ch/opc/search/?lang=de&language[]=de&product[]=fg&ext=1999+5497&lang=de).

²¹ STRATENWERTH, Günter y WOHLERS, Wolfgang, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*, 3ª edición, (Bern, 2013), p. 628 (arts. 322^{quinquies} y 322^{sexies}).

²² Lo más genérico que aceptaba era, en el § 306 introducido en 2009, con el epígrafe de “preparación del cohecho”, la aceptación o solicitud actual de un beneficio para allanar la futura realización u omisión de un acto de servicio.

dificación del Derecho penal de la corrupción de 24 de julio de 2012, dos figuras residuales: un nuevo § 306, que reprime al funcionario público que exige o acepta un beneficio indebido con dolo de, genéricamente, “dejarse influir en su actividad como funcionario”, así como un nuevo § 307 b, que sanciona al que ofrece, promete o asegura a un empleado público un beneficio indebido con dolo de “influir en su actividad como funcionario”. Los motivos detrás de este cambio son del todo coincidentes con los expresados en Alemania y Suiza²³ y sus consecuencias son evidentes para la literatura especializada²⁴.

Lo mismo rige para el Código penal italiano, cuyo art. 318 preveía hasta la entrada en vigencia de la ley de 6 de noviembre de 2012, N° 190, sobre prevención y represión de la corrupción en la administración pública, la figura de “cohecho para un acto del cargo” (*corruzione per un atto d’ufficio*), consistente en la percepción o aceptación de la promesa de un beneficio por el cumplimiento “de un acto de su cargo”, y que en virtud de la mencionada ley pasó a ser un delito de cohecho “para el ejercicio de las funciones” (*corruzione per l’esercizio della funzione*), consistente en la percepción o aceptación de la promesa de dinero u otra utilidad “para el ejercicio de sus funciones o poderes”²⁵. Junto con destacarse que las conductas previamente no abarcadas encierran el riesgo de funcionarios sometidos a la servidumbre (*asservimento*) de sus benefactores²⁶, se ha destacado especialmente que el cambio legislativo permite ahora reprimir situaciones en las que “no sea posible individualizar un acto específico objeto del negocio ilícito”, destacándose, además, que con esto se resguarda la vigencia del principio de reserva legal, previniendo la posible tentación judicial de pasar por sobre la ley para reprimir aunque no consten los extremos típicos²⁷.

En tanto que, como ya se ha dicho, ésta ha sido también desde antiguo la situación en el derecho penal español.

Estos desarrollos de derecho comparado, aun cuando en cuanto tales no pueden, por cierto, constituir razones decisivas para un cambio legislativo en la materia

²³ Véase la iniciativa parlamentaria, de 16 de mayo de 2012 (1950 A), Explicación de los N°s. 11 y 13, p. 9 ss. Disponible en: http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/A/A_01950/index.shtml.

²⁴ FABRIZY, Ernst Eugen, *Strafgesetzbuch und ausgewählte Nebengesetze. Kurzkommentar*, 11ª edición, Manz, Wien 2013, § 306 marg. 2, § 307 b marg. 2.

²⁵ DOLCINI, op. cit.,..., y GAMBARDELLA, Marco, Dall’atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione “impropria”, *Archivio Penale*, gennaio-aprile 2013, 15 ss.

²⁶ ANDREAZZA, Gastone/PISTORELLI, Luca, Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione), *Diritto Penale Contemporaneo* (sitio web), 20 de noviembre de 2012, p. 4.

²⁷ DOLCINI, *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 (2013), 152 (159).

entre nosotros, al menos sí pueden servir como indicio de la corrección de las razones tanto sustantivas como probatorias que se han esgrimido en el apartado anterior para justificar la necesidad de dicho cambio legislativo.

V. PERSPECTIVAS PARA CHILE

Como ya se ha dicho, el derecho vigente en Chile se ha mantenido inalterado en este punto²⁸, pero en los últimos esfuerzos prelegislativos de reforma integral del derecho penal chileno, esto es, el Anteproyecto de nuevo Código penal de 2013 y el Anteproyecto de nuevo Código penal de 2015, ya se ha dado el paso hacia una formulación que prescinde de la exigencia de acto determinado como contraprestación de los delitos de soborno y cohecho. Y más significativo aún, también lo hace el Proyecto de Código penal presentado al Congreso Nacional con fecha 10 de marzo de 2014 (Mensaje N° 435-361), cuyo art. 419 es del siguiente tenor:

“Cohecho. El funcionario público que en razón de su cargo solicitare o aceptare un beneficio indebido para sí o para un tercero, será sancionado con multa o reclusión tratándose del beneficio aceptado, y con multa, reclusión o prisión de 1 a 3 años tratándose del beneficio solicitado”.

Como se ve, al menos para la figura básica de cohecho, ya no se requeriría un acto propio del cargo ni, en general, ninguna actividad determinada por parte del funcionario como contrapartida siquiera potencial del beneficio económico en cuestión, sino que bastaría con que éste se solicite o acepte por el funcionario “en razón de su cargo”, con lo cual se revertiría la decisión tradicional del derecho chileno en la materia²⁹. La fórmula empleada, cercana a la que usa el derecho español, parece preferible a alguna que, aunque de modo genérico, hiciera referencia al “ejercicio del cargo”, como es el caso de los otros ordenamientos mencionados,

²⁸ Por sólo mencionar iniciativas de reforma integral del presente siglo, no innovaba sobre el particular el Anteproyecto de Nuevo Código penal de 2005, elaborado por el Foro Penal. Su art. 267 era del siguiente tenor: “El funcionario público que reciba, solicite o acepte recibir un beneficio (al que no tiene derecho/indebido), económico o de otra clase, para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo, será sancionado con inhabilitación especial en su grado mínimo a medio o multa de cinco a quinientas unidades tributarias mensuales. Si el funcionario ha condicionado la realización del acto a tales beneficios, se impondrán las penas previstas en el artículo siguiente”. Los artículos siguientes a éste coinciden en el rasgo fundamental en comento.

²⁹ Debe llamarse la atención, sin embargo, sobre que el mismo propósito no se logra en la regulación del *soborno* (art. 421), en donde la conducta típica respecto del beneficio indebido se ha de realizar “para que [el funcionario] realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los dos artículos precedentes, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas”, en circunstancias que en la figura básica del art. 419, que se acaba de transcribir, no se exige ni aun potencialmente una acción u omisión por parte del funcionario. Con todo, se trata manifiestamente de una inadvertencia, que no permite poner en duda la decisión de fondo. El Anteproyecto de 2015 enmienda dicha inadvertencia.

en la medida en que esta última de algún modo puede sugerir la necesidad de vincular el beneficio con los actos que configuran dicho ejercicio. Es probable que la base para esta preferencia sea excesivamente sutil y que en la práctica cualquiera de las fórmulas acarree los mismos resultados, pero en el contexto de una eventual discusión legislativa al respecto merece la pena instar por la más inequívoca de las redacciones.

Como se sabe, el destino del Proyecto de 2014 es incierto, pero en la medida en que sigue siendo probable que se inicie la tramitación parlamentaria del Anteproyecto de 2015, que mantiene la misma línea en esta materia, se puede esperar que este necesario cambio en la legislación chilena se verifique efectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDREAZZA, Gastone, PISTORELLI, Luca, Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), *Diritto Penale Contemporaneo*, (2012).
- DOLCINI, Emilio, La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici, *Diritto Penale Contemporaneo*, (2013)
- ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho penal. Parte especial, (Santiago, 1998).
- FABRIZY, Ernst Eugen, Strafgesetzbuch und ausgewählte Nebengesetze, 11ª edición, (Wien 2013).
- GAMBARDELLA, Marco, Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria", *Archivio Penale*, (2013).
- KÜPER, Wilfried, Strafrecht. Besonderer Teil, 6ª edición, (Heidelberg, 2005).
- LABATUT, Gustavo, Derecho penal, T. II, 7ª edición (Santiago, 1983).
- MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial, (Santiago, 2015).
- OLIVER, Guillermo, Aproximación al delito de cohecho, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 5 (2004).
- PACHECO, Joaquín Francisco, El Código penal concordado y comentado, (Madrid, 1870).
- RODRÍGUEZ, Luis, OSSANDÓN, María Magdalena, Delitos contra la función pública, (Santiago, 2008).
- STRATENWERTH, Günter, WOHLERS, Wolfgang, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 3ª edición, (Bern, 2013).