

ÚLTIMAS MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN DEL DELITO DE COHECHO (LEY N° 19.829 DE 1999)¹

Guillermo Oliver Calderón

Profesor de Derecho Penal
Universidad Católica de Valparaíso

I. INTRODUCCIÓN

La regulación del delito de cohecho, durante mucho tiempo, no sufrió modificación alguna, conservando el tratamiento establecido en la redacción original de nuestro Código Penal. Debieron pasar 124 años desde su entrada en vigencia para que este cuerpo normativo se actualizara en lo relativo a dicho delito, lo que se hizo mediante la Ley N° 19.645, publicada en el Diario Oficial de fecha 11 de diciembre de 1999. En términos generales, esta ley cambió completamente la regulación del cohecho, anticipando su punición a la sola solicitud, aceptación u ofrecimiento de un beneficio económico para cumplir o dejar de cumplir un deber propio del cargo de un funcionario público². Pero no tuvo que pasar mucho tiempo para que volviera a modificarse la regulación del cohecho. En efecto, el día 8 de octubre de 2002 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 19.829, que introdujo importantes cambios en esta materia. La finalidad de este breve trabajo es efectuar un análisis más bien descriptivo de las modificaciones hechas por esta última ley, sin perjuicio de entregar nuestra opinión en algunos aspectos que nos merezcan comentario o crítica.

II. ANTECEDENTES

Tal como se indica en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, recaído en el proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 19.829, las ideas centrales de esta iniciativa eran dos. Por un lado, “dar cumplimiento a la obligación contraída por el país como adherente de la “Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales”, en orden a adecuar su legislación penal relacionada con ese delito, a las normas de la citada Convención” y, por otro, “perfeccionar la figura penal del cohecho activo en la legislación interna”³. Para cumplir el primer objetivo, se agregaron dos nuevos artículos, el 250 bis A y el 250 bis B, al párrafo 9 del título V del libro II del Código Penal. El art. 250 bis A tipificó un nuevo delito, que castiga el cohecho a funcionario público extranjero en el ámbito de las transacciones comerciales interna-

¹ El presente trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación FONDECYT 1020657, ejecutado por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la U. Católica de Valparaíso, durante el período 2002-2003, bajo la dirección del Profesor Luis Rodríguez Collao.

² Cfr. MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial*. Ed. Universidad de Talca, Talca, 2001, p. 202.

³ El propio nombre que se dio a dicho proyecto de ley resulta ilustrativo al respecto: “*Proyecto de ley que adecua la legislación interna para implementar en Chile la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, y modifica el tipo penal de cohecho activo*”. Cfr. el Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura 345ª, Extraordinaria, sesión 16ª, martes 13 de noviembre de 2001, p. 51.

cionales⁴, en tanto que el art. 250 bis B incorporó una definición de funcionario público extranjero para los efectos de lo que dispone el artículo anterior⁵. Y para alcanzar el segundo objetivo, se sustituyeron el inc. 2° del art. 249⁶ y todo el texto del art. 250⁷ del mencionado Código.

Sin embargo, en honor a la verdad, es necesario señalar que la modificación de la legislación penal para conseguir el primer objetivo, en cierto modo, era una obligación contraída por el Estado de Chile con anterioridad. En efecto, ya en el art. VIII de la Convención interamericana contra la corrupción, adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996, aprobada por el Congreso Nacional en septiembre de 1998 y promulgada mediante Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 1.879, del 29 de octubre de 1998, que se publicó en el Diario Oficial de fecha 2 de febrero de 1999, se estableció el deber del Estado de sancionar el ofrecimiento u otorgamiento de beneficios a funcionarios públicos extranjeros en el marco de transacciones económicas o comerciales⁸.

a) Breve examen de la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales.

Esta Convención fue adoptada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (O.C.D.E.) en París, el 17 de diciembre de 1997. Fue aprobada por el Congreso Nacional en marzo de 2001 y promulgada mediante el Decreto Supremo N° 496 del Ministe-

⁴ Art. 250 bis A: "El que ofreciere dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de este o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, será sancionado con las mismas penas de reclusión, multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. De igual forma será castigado el que ofreciere dar el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.

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

⁵ Art. 250 bis B: "Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional".

⁶ El nuevo texto del inc. 2° del art. 249 es el siguiente: "Lo establecido en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público, la que no será inferior, en todo caso, a la de reclusión menor en su grado medio".

⁷ La nueva redacción del art. 250 es la siguiente: "El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de este o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.

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

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

⁸ Art. VIII de la Convención interamericana contra la corrupción: "Soborno transnacional.

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

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan".

rio de Relaciones Exteriores, del 10 de octubre de 2001, que se publicó en el Diario Oficial del 30 de enero de 2002.

De sus disposiciones conviene destacar ciertos aspectos de su art. 1º. En su párrafo primero se establece la obligación de tipificar como delito el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en la realización de transacciones internacionales⁹, obligación que, como hemos dicho, se tradujo en la incorporación del nuevo art. 250 bis A al Código Penal. En su párrafo segundo se señala que deben tipificarse las conductas de complicidad, incitación, ayuda, instigación, autorización, tentativa y confabulación en relación con el cohecho a funcionarios públicos extranjeros¹⁰. Sin embargo, este deber no se tradujo en la incorporación de ninguna disposición nueva al mencionado Código, porque se estimó que bastaba con crear el nuevo delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, resultando inculminadas las señaladas conductas por aplicación de las reglas generales sobre autoría y participación contenidas en el título II del libro I de dicho cuerpo normativo¹¹. Y en su párrafo cuarto se establece qué debe entenderse por “funcionario público extranjero”, “país extranjero” y “actuar o abstenerse de actuar en el ejercicio de los deberes oficiales” para los fines de la Convención¹². Es esta última disposición la fuente del nuevo art. 250 bis B del Código Penal, en el que se incorpora una definición de funcionario público extranjero para los efectos del nuevo delito que se crea, recogiendo casi literalmente las palabras utilizadas por la Convención.

Interesa destacar también el art. 2º. En él se consagra la obligación de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas que intervienen en los actos de cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales¹³. Esta disposición podría haberse invocado para fundar el establecimiento de responsabilidad penal para personas jurídicas. Sin embargo, con buen criterio, el legislador prefirió no hacerlo, porque estimó que esta materia debía tratarse en el marco de una normativa más general, reservando su estudio para el Programa de Trabajo de la Reforma al Código Penal¹⁴. Y con ello el Estado de Chile no ha dejado de cumplir, en lo relativo a este punto, las obligaciones contraídas por la Convención en análisis¹⁵, por dos razones. En primer lugar, porque su art. 2º señala que el

⁹ Art. 1.1 de la Convención: “Cada Parte adoptará las medidas necesarias para tipificar como delito punible conforme a la ley el hecho de que cualquier persona intencionalmente ofrezca, prometa u otorgue cualquier ventaja pecuniaria o de otra índole –sea en forma directa o a través de intermediarios– a un funcionario público extranjero, en beneficio de este o de un tercero, a fin de que tal funcionario público, en el ejercicio de sus deberes oficiales, actúe o se abstenga de actuar y con ello obtenga o mantenga cualquier negocio u otra ventaja indebida, en la realización de transacciones internacionales”.

¹⁰ Art. 1.2: “Cada Parte adoptará las medidas necesarias para tipificar la complicidad como delito penal, incluida la incitación, ayuda e instigación, o bien la autorización de un acto de cohecho a un funcionario público extranjero. La tentativa y confabulación para cometer un acto de cohecho a un funcionario público extranjero constituirán delito en la misma medida que lo sean la tentativa y confabulación para cometer un acto de cohecho a un funcionario público de esa Parte”.

¹¹ Así se señaló en el acápite II del Mensaje presidencial con que se inició la tramitación del proyecto de ley. Cfr. Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura 345ª, Extraordinaria, sesión 16ª, martes 13 de noviembre de 2001, p. 53.

¹² Art. 1.4: “Para los fines de esta Convención:

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

b. “país extranjero” incluye todos los niveles y reparticiones de gobierno, de nacional a local;

c. “actuar o abstenerse de actuar en el ejercicio de los deberes oficiales” incluye cualquier uso del cargo de funcionario público, quede o no comprendido dentro de las atribuciones otorgadas a tal funcionario”.

¹³ Art. 2: “Cada Parte adoptará las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en los actos de cohecho a un funcionario público extranjero”.

¹⁴ Así se expresó en el respectivo Mensaje presidencial, acápite III. Cfr. Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura 345ª, Extraordinaria, sesión 16ª, martes 13 de noviembre de 2001, p. 54.

¹⁵ En contra, el Diputado Sr. Jorge Burgos Varela, afirmando que por el hecho de que no se establecía responsabilidad penal para las personas jurídicas, se cumplía solo en parte el compromiso. Vid. la parte pertinente del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, recaído en el señalado proyecto de ley, en Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 11ª, martes 2 de julio de 2002, p. 131.

establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas debe ser hecho por cada Estado Parte, “de acuerdo con sus principios legales” (en Chile el principio *societas delinquer non potest* está consagrado en los arts. 39 del Código de Procedimiento Penal y 58 del Código Procesal Penal) y, en segundo lugar, porque la propia Convención reconoce, en su art. 3.2, la posibilidad de que en el ordenamiento jurídico de un Estado Parte la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas¹⁶.

Es importante también destacar el art. 3º de la Convención en análisis, especialmente su párrafo primero. En él se establece la obligación de sancionar con penas privativas de libertad a quienes cometan delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, debiendo dichas penas ser eficaces, proporcionadas y disuasivas¹⁷.

Los restantes artículos de la Convención aluden a distintos aspectos, tales como jurisdicción, prescripción, lavado de dinero, contabilidad, asistencia legal mutua y extradición.

a) *Perfeccionamiento de la figura del cohecho activo*

El proyecto de ley que derivó en la Ley N° 19.829, como ya se ha dicho, además de pretender adecuar la legislación penal interna a la mencionada Convención, quiso enmendar la figura del cohecho activo del Código Penal, prevista en su art. 250, “en pos de un tratamiento más coherente y equitativo del delito de cohecho en general”¹⁸. Con tal finalidad, se propuso:

- 1.- atenuar la penalidad para la forma comisiva consistente en el mero consentimiento por el particular;
- 2.- incorporar expresamente la hipótesis de beneficio económico en provecho de un tercero;
- 3.- armonizar las penas para el particular y el funcionario público en el cohecho asociado a la infracción de deberes funcionarios, y
- 4.- establecer una penalidad autónoma para el cohecho activo asociado a la comisión de delitos funcionarios, junto con armonizar las penas del particular y del funcionario público¹⁹.

III. ANÁLISIS DEL NUEVO DELITO DE COHECHO A FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES (ARTS. 250 BIS A Y 250 BIS B)

a) *Bien jurídico*

Tradicionalmente se ha sostenido que el bien jurídico protegido por los delitos regulados en el título V del libro II del Código Penal es el recto funcionamiento de la Administración Pública²⁰. Consecuentemente, cuando los autores tratan en particular sobre el delito de cohe-

¹⁶ Art. 3.2 de la Convención: “Si, dentro del ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no fuere aplicable a las personas jurídicas, esa Parte deberá proceder de modo que se les apliquen sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluidas sanciones pecuniarias, en caso de cohecho a funcionarios públicos extranjeros”. Por lo tanto, si bien no se infringe la Convención por no establecerse responsabilidad penal para las personas jurídicas que intervienen en actos de cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, sí al menos, de conformidad con esta disposición de la Convención, se la incumple en tanto no se establecen –y se la seguirá contraviniendo mientras no se establezcan– para las personas jurídicas otras sanciones con las señaladas notas de eficacia, proporcionalidad y disuasión.

¹⁷ Art. 3.1 de la Convención: “El cohecho a un funcionario público será sancionado con penas de carácter criminal eficaces, proporcionadas y disuasivas. El rango de las sanciones será comparable a las aplicadas al cohecho a funcionarios públicos de esa Parte e incluirán, cuando se trate de personas naturales, las penas privativas de libertad suficientes para permitir una eficaz asistencia legal mutua y extradición”.

¹⁸ Sic., Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el cual inicia el mencionado proyecto de ley, acápite IV, Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura 345ª, Extraordinaria, sesión 16ª, martes 13 de noviembre de 2001, p. 54.

¹⁹ Vid. Mensaje, acápite IV, Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura 345ª, Extraordinaria, sesión 16ª, martes 13 de noviembre de 2001, p. 54.

cho, regulado en el párrafo 9 del mencionado título, no suelen efectuar consideraciones acerca del bien jurídico específicamente protegido por este delito²¹. Luego, pareciera que para la doctrina chilena el cohecho busca cautelar el mismo bien jurídico ya señalado²².

Sin embargo, la inclusión en este párrafo del nuevo delito de cohecho a funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales, produce una distorsión sobre este punto. Porque, evidentemente, si la persona a la que se ofrece o se consiente en dar un beneficio económico es un funcionario público extranjero –como lo exige el art. 250 bis A del Código Penal–, no puede sostenerse que lo que se busca proteger al sancionar dicha conducta sea el recto funcionamiento de la Administración Pública chilena. Si alguna Administración Pública resultare afectada en su recto funcionamiento con una conducta de esta clase, sería, en todo caso, extranjera. Pero no podría por ello afirmarse que el bien jurídico protegido por este nuevo delito sea el recto funcionamiento de las Administraciones Públicas foráneas, porque no sería legítimo. No se trataría de un interés de relevancia social tal que justifique su protección mediante el ejercicio del *ius puniendi* de nuestro Estado. Y, por otra parte, al establecer la Constitución Política, como finalidad del Estado, la promoción del bien común, alude a los miembros de la comunidad nacional, pero no a los habitantes de otros países²³. Incluso, de conformidad con el art. 250 bis B del mencionado Código, el funcionario cohechado puede ser un empleado o agente de una organización pública internacional, no pudiendo sostenerse, por las razones apuntadas, que lo que se quiere proteger sea el correcto funcionamiento de las organizaciones públicas internacionales.

En nuestra opinión, el bien jurídico que se pretende cautelar con este nuevo delito es el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales. Así se desprende del texto de la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones

²⁰ En este sentido, ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo IV, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 203 y s.; MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones...*, cit., p. 196. Similar, LABATUT GLENA, *Derecho Penal*, tomo II, 7ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 69, aludiendo a la protección de “la buena y ordenada marcha de los servicios públicos” y citando a Del Río.

En la doctrina extranjera puede observarse que no hay unanimidad al respecto. Cfr. en España, MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 19 y s., afirmando que el bien jurídico protegido en los delitos de los funcionarios públicos –que en el Código Penal español de 1995 están tratados en el título XIX de su libro II, denominado “Delitos contra la Administración pública”– lo constituye el correcto funcionamiento de la Administración pública. En el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria*, en *Delitos contra la Administración pública*, VV.AA., edición a cargo de Adela Asúa Batarrita, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 22, pero agregando que en cada caso debe precisarse el concreto aspecto de tutela, como por ejemplo, la toma de decisiones conforme a la legalidad, la preservación de la imparcialidad, etc. Sin embargo, BACIGALUPO, *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, en *Documentación Jurídica*, Madrid, 1983, p. 1099, pone el acento en la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de Derecho. En Argentina, puede verse VILLADA, *Delitos contra la función pública. Concordado con Códigos latinoamericanos*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 19, aludiendo a la seguridad jurídico-político-institucional de cada Nación.

²¹ El profesor Gustavo Labatut Gléna, excepcionalmente, sí se pronuncia sobre el punto, afirmando que el bien jurídico específicamente tutelado por este delito “es el decoro, el prestigio y el correcto funcionamiento de la Administración pública”. Cfr. LABATUT GLENA, *Derecho Penal*, cit., p. 90.

²² En España el punto es discutido. Por ejemplo, VALEJIE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Ed. Edersa, Madrid, 1995, p. 35, señala que el bien jurídico en el delito de cohecho es el principio de imparcialidad, entendiendo por tal la obligación de la Administración de obrar con una sustancial neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados, cualquiera que sea su naturaleza. En cambio, OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 111, afirma que el bien jurídico es el correcto funcionamiento de la Administración pública. Por su parte, RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 83, expresa que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es la imparcialidad, como una de las condiciones necesarias para el funcionamiento correcto de la Administración, según las previsiones de la Constitución española.

²³ Art. 1 inc. 4º de la Constitución: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

comerciales internacionales, en cuyo preámbulo se señala que se pretende prevenir y reprimir esta clase de conductas, porque alteran el desarrollo económico y distorsionan las condiciones competitivas internacionales²⁴. También su art. 15 resulta muy elocuente al respecto, porque condiciona su entrada en vigencia al hecho de que transcurra un lapso desde que cinco países de los diez mayores exportadores, que representen en conjunto, al menos, el sesenta por ciento del total agregado de las exportaciones de estos diez países, hayan depositado sus instrumentos de aceptación, aprobación o ratificación. Incluso, en el propio mensaje presidencial con que se inició el proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 19.829, se reconoce que la O.C.D.E. (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), organismo internacional que adoptó la mencionada Convención, tiene como objetivos construir economías estables, promover la economía de mercado, expandir el libre comercio y contribuir al desarrollo de los países industrializados y de aquellos en camino de alcanzar dicha meta²⁵.

Pues bien, si este es el bien jurídico que se busca proteger con la nueva figura delictiva, cabe preguntarse por qué se incluyó esta dentro del párrafo 9 del título V del libro II del Código Penal, donde se contemplan delitos que atentan contra el recto funcionamiento de la Administración Pública. A nuestro juicio, las razones que explican este proceder son tres: en primer lugar, la propia Convención denomina cohecho a la conducta que pretende sea tipificada como delito, en circunstancias que el epígrafe del mencionado párrafo 9, precisamente, se llama así; en segundo término, el nuevo art. 250 bis A del Código Penal utiliza una redacción muy parecida a la de los restantes artículos del párrafo y, en tercer lugar, el art. 3.1 de la Convención señala que las sanciones para el nuevo delito deben ser comparables a las aplicables al cohecho a funcionarios públicos de cada Estado Parte²⁶. Sin embargo, creemos que ninguna de estas razones tiene mérito suficiente para justificar el proceder del legislador. Pensamos, atendida la radical diferencia entre el bien jurídico protegido por el delito de cohecho y el que se quiere cautelar con la nueva figura delictiva, que habría sido preferible la incorporación de esta en un nuevo título que se hubiera creado para tal efecto. Así procedió, por ejemplo, el legislador en España, al añadir al libro II del Código Penal de dicho país, en enero del año 2000, mediante Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 12 de enero de 2000, un nuevo título, el XIX bis, denominado “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, con un único artículo, el 445 bis²⁷, que tipificó un nuevo delito, similar al nuestro.

b) Conducta típica

Las conductas que, alternativamente, prevé el tipo penal del nuevo art. 250 bis A son las siguientes:

- 1.- *ofrecer dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de este o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la*

²⁴ “...Considerando que el cohecho es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluido el comercio y las inversiones, que da origen a serias complicaciones de carácter moral y político, mina el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales;...”.

²⁵ Cfr. Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura 345ª, Extraordinaria, sesión 16ª, martes 13 de noviembre de 2001, p. 51. Y no se nos podría replicar que nuestra posición es susceptible de la misma crítica que en el texto hacemos para quienes pretendan ver en el recto funcionamiento de las Administraciones Públicas extranjeras o de las organizaciones públicas internacionales el bien jurídico protegido por este nuevo delito. Ello, porque el desarrollo económico de los países –incluido Chile–, de alguna manera, contribuye a la realización material de los integrantes de la comunidad nacional.

²⁶ Cfr. el texto de la indicada disposición en nota 17.

²⁷ Art. 445 bis del Código Penal español: “Los que, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de estos o de un tercero, o atendieren a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos”.

- obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales;
- 2.- *ofrecer dar* a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de este o de un tercero, *por haber realizado una acción o haber incurrido en una omisión* con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales;
 - 3.- *consentir en dar* a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de este o de un tercero, *para que realice una acción o incurra en una omisión* con miras a la obtención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, y
 - 4.- *consentir en dar* a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de este o de un tercero, *por haber realizado una acción o haber incurrido en una omisión* con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales.

En las dos primeras hipótesis (*ofrecer dar*) es el particular quien toma la iniciativa, en tanto que en las dos últimas (*consentir en dar*) lo hace el funcionario público extranjero.

En lo que respecta al beneficio o ventaja que el particular debe ofrecer o consentir en dar al funcionario público extranjero –tal como el nuevo tipo penal lo exige– debe tener, necesariamente, carácter económico. La Convención, con mayor amplitud, exigía en su art. 1.1²⁸ la adopción, por parte del Estado de Chile, de las medidas necesarias para tipificar como delito el ofrecimiento, promesa u otorgamiento a un funcionario público extranjero de cualquier ventaja pecuniaria *o de otra índole* (por ejemplo, de naturaleza sexual). El legislador prefirió restringir el ámbito de los beneficios solo a aquellos de tinte económico, quizás para que la nueva disposición guardara armonía con el resto de los artículos del párrafo, en los que se exige que el beneficio tenga carácter pecuniario²⁹.

c) Parte subjetiva del tipo

Tanto por razones lógicas, como por su ubicación sistemática, e incluso por motivos de texto positivo, resulta excluida la sanción de este nuevo delito a título de culpa. En efecto, por un lado, es imposible concebir una conducta consistente en ofrecer dar o consentir en dar, que sea ejecutada por imprudencia o negligencia. Por otro, al estar ubicado dentro del título de los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos y no en el relativo a los crímenes y simples delitos contra las personas, no procede su castigo por comisión culposa. Y, por último, la expresión “con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja” de que se vale el tipo, excluye toda posibilidad de comisión culposa. Luego, solo cabe su realización con dolo, el cual, en nuestra opinión, debe ser directo, porque la expresada frase resulta incompatible con un dolo eventual. Esta expresión, además, constituye un elemento subjetivo del tipo, que debe concurrir al margen del dolo, para colmar todas las exigencias subjetivas³⁰.

²⁸ Cfr. el texto en nota 9.

²⁹ Pero con ello se ha cumplido solo parcialmente la obligación contraída por el Estado al suscribir esta Convención.

³⁰ Así lo consideraron los profesores Antonio Bascuñán Rodríguez y Francisco Maldonado Fuentes, cuyas opiniones –junto con las del profesor Rodrigo Medina Jara– fueron tomadas en cuenta por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 19.829. Cfr. Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 25ª, martes 3 de septiembre de 2002, p. 2626.

d) Iter criminis

El cohecho a funcionario público extranjero en el ámbito de transacciones comerciales internacionales es un delito de mera actividad. Ello, porque aparte de la conducta (ofrecer dar o consentir en dar), el tipo no exige ningún resultado material espacio-temporalmente separado de aquella y con la cual deba estar unido por relación de causalidad. Desde este punto de vista, el nuevo tipo penal guarda armonía con la regulación que el delito de cohecho tuvo a partir de la Ley N° 19.645.

En tanto se trata de un delito de carácter formal, queda excluida su punición a título de frustración. Esto es así, porque si se ejecutan todos los actos que la ley pone de cargo del delincuente, se habrá producido ya consumación.

En lo que respecta a la tentativa, si bien aceptamos la procedencia de apreciarla en un delito de mera actividad, siempre que su ejecución sea fraccionable en el tiempo³¹, vemos difícil que esto último pueda ser posible en el nuevo delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros -lo mismo que en las restantes figuras de cohecho³²-. Sin embargo, no nos parece algo imposible. Podrían imaginarse casos en que el ofrecimiento de beneficios económicos que un particular hace a un funcionario público extranjero, por cualquier razón, no alcanza a ser recibido o conocido por el destinatario. Lo mismo puede decirse de la respuesta del particular en la que manifiesta su consentimiento, ante la solicitud previa de beneficios económicos por parte del funcionario público extranjero. Por ejemplo, si la carta que el particular envía no llega a destino³³. Estimamos que en estos casos puede aceptarse la tentativa.

e) Sujetos del delito

El nuevo delito es de sujeto indiferente, como lo demuestra el hecho de que el art. 250 bis A no exija en el sujeto activo la concurrencia de ninguna circunstancia especial. Luego, puede cometerlo cualquier persona.

En lo que respecta a la persona a quien el sujeto activo debe ofrecer dar o consentir en dar un beneficio económico, debe tratarse de un funcionario público extranjero, entendido este en los términos utilizados por la definición del art. 250 bis B, que recoge, con leves cambios, la del art. 1.4 letra a) de la Convención³⁴. De la definición legal llama la atención el hecho de que comprenda no solo a personas que tengan un cargo o función pública en un país extranjero, sino también a los funcionarios o agentes de una organización pública internacional, como por ejemplo, los funcionarios de la Organización Mundial de Comercio, del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional, de la Organización Internacional del Trabajo, de la Organización Mundial de la Salud, etc. (aunque respecto de los funcionarios de estas dos últimas organizaciones, a diferencia de los de las anteriores, es difícil imaginar la comisión de este nuevo delito, porque el tipo penal exige obrar con miras a la obtención o mantención de negocios o ventajas en el ámbito de transacciones comerciales internacionales).

³¹ Así, POLITOFF LIFSCHITZ. *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y de Derecho penal comparado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 20.

³² Cfr. MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones...*, cit., p. 203, aludiendo a la figura de cohecho del art. 248 del Código Penal, a la que califica como un delito formal, "que no puede admitir etapas previas de desarrollo".

³³ Cfr. VALEJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción...*, cit., p. 240, mencionando otros ejemplos a propósito del delito de cohecho activo en la regulación española anterior al Código Penal de 1995, que nos parecen igualmente aplicables a la figura en análisis: "Así sucede en los casos en que la declaración de voluntad es transmitida por un intermediario que no llega a ponerla en conocimiento del destinatario (por ejemplo, porque denuncia el comportamiento [...] a la policía) o incluso en aquellos otros en que la misma declaración sufre algún tipo de vicisitud o interferencia antes de llegar a su auténtico destino (por ejemplo, secuestro de la carta que contiene la declaración)". Similar, tomando en cuenta ya el Código Penal español de 1995, OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 403 y ss. En contra de apreciar en estos casos una tentativa de cohecho y considerando que se estaría frente a hipótesis de consumación, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 12ª edición, Valencia, 1999, p. 960.

³⁴ Cfr. su texto en nota 12.

Durante la tramitación legislativa del proyecto de ley, se planteó la posibilidad de incorporar esta definición en el art. 260 del Código Penal, a continuación de la definición de empleado público contenida en esta disposición³⁵. Sin embargo, dicha idea fue desechada, porque se estimó mejor darle la ubicación que actualmente tiene, atendido que el único caso en que se emplea la expresión “funcionario público extranjero” es, precisamente, el contemplado en el art. 250 bis A.

f) Penalidad

La sanción penal prevista para el nuevo delito depende de cuál sea la concreta conducta realizada, de entre las que, alternativamente, contemplan ambos incisos del art. 250 bis A. Así, para quien *ofrece dar* a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de este o de un tercero, para que realice o por haber realizado una acción o para que incurra o por haber incurrido en una omisión, con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, se prevén las penas de *reclusión menor en sus grados mínimo a medio*, multa del tanto al duplo del provecho ofrecido e inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados. En cambio, para quien *consiente en dar* a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de este o de un tercero, para que realice o por haber realizado una acción o para que incurra o por haber incurrido en una omisión, con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, se contemplan las penas de *reclusión menor en su grado mínimo*, además de las penas de multa e inhabilitación señaladas. Como puede apreciarse, la diferencia entre ambas hipótesis está en la cuantía de la pena privativa de libertad a imponer, de reclusión menor en sus grados mínimo a medio en la primera, y de reclusión menor en su grado mínimo en la segunda.

La razón de ser de esta distinta forma de castigar las conductas descritas está en el diferente grado de reproche que se estima que poseen. No tienen la misma gravedad el comportamiento consistente en ofrecer beneficios económicos a un funcionario para que este se aparte del cumplimiento de sus deberes, y el actuar que se traduce solo en consentir en dar al funcionario público el beneficio económico que este ha pedido, cediendo ante su presión³⁶.

³⁵ Así lo propuso el profesor Antonio Bascañán Rodríguez. Cfr. Diario de sesiones del Senado, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 25ª, martes 3 de septiembre de 2002, p. 2627.

³⁶ Así lo expusieron los abogados de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, Francisco Maldonado Fuentes y Fernando Londoño Martínez ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, frente a una consulta del Diputado Juan Bustos Ramírez acerca de la razón de la diferencia de penalidad entre ambas situaciones. Cfr. Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 11ª, martes 2 de julio de 2002, p. 133. Esta consideración fue también tenida en cuenta para modificar la penalidad en el delito de cohecho activo, sustituyendo la redacción del art. 250 del Código Penal.

En España, esta idea ha sido recogida por el legislador, como se desprende del art. 423 del Código Penal de dicho país, al cual se remite, para efectos de la pena, el ya citado art. 445 bis del mismo Código (cfr. su texto en nota 27), que tipifica el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Art. 423 del Código Penal español: “1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que estos. 2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior”. Incluso, se contempla en el art. 427 del mismo Código una excusa legal absolutoria aplicable solo a la modalidad del delito de cohecho activo consistente en acceder a las solicitudes de autoridades o funcionarios públicos: “Art. 427. Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos”.

IV. EXAMEN DE LAS MODIFICACIONES HECHAS AL DELITO DE COHECHO
(CAMBIOS EN LOS ARTS. 249 Y 250)

Las modificaciones que se hicieron al texto de los arts. 249 y 250 del Código Penal son las siguientes:

1. *Modificación en el inciso segundo del art. 249:*

El legislador, al modificar esta disposición, buscó introducir una enmienda formal destinada a dar más claridad al precepto. Antes de la reforma, para determinar la pena aplicable al funcionario público por cometer un delito ministerial asociado a un cohecho pasivo impropio, además de la pena de este último delito, la disposición obligaba a examinar la pena privativa de libertad que el inciso segundo del art. 250 establecía para el cohecho activo asociado al cohecho pasivo propio agravado del art. 248 bis, es decir, reclusión menor en su grado medio. Si la pena por el concreto delito ministerial cometido por el empleado público era inferior a la señalada pena privativa de libertad, la disposición obligaba a imponer esta última. Con la nueva redacción del inciso segundo del art. 249, queda claro, sin necesidad de examinar otro precepto al que se remita, que la pena del funcionario que comete un delito ministerial asociado a un cohecho pasivo impropio, sin perjuicio de la pena correspondiente a este último delito, no puede ser inferior a reclusión menor en su grado medio. Y no es esta una regla sustitutiva de la determinación judicial concreta de la pena, sino una regla de determinación del marco legal abstracto de pena, a partir del cual el sentenciador debe partir, considerando los diversos factores que inciden en el procedimiento de determinación de la pena (concurso, *iter criminis*, participación, circunstancias modificatorias, extensión del mal producido por el delito, etc.)³⁷.

2. *Modificaciones en el art. 250:*

En esta disposición se introdujeron algunos cambios, que podríamos sintetizar de la siguiente forma³⁸:

a) *Incorporación en forma expresa de la modalidad de cohecho activo consistente en que el beneficio económico que se ofrece o consiente en dar vaya en provecho de un tercero.*

Antes de la reforma, este precepto no se ponía en el caso de beneficios económicos ofrecidos o consentidos a favor de terceros, por lo que la modificación vino a llenar este vacío³⁹. Sin embargo, en opinión del profesor Antonio Bascañán Rodríguez, el cambio no vino a colmar ninguna laguna, porque la posibilidad de que el beneficio fuera en provecho de un tercero ya se encontraba especificada en las disposiciones que precedían al art. 250. De

³⁷ Así lo dejó establecido el profesor Antonio Bascañán Rodríguez, con quien estuvo de acuerdo el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, Francisco Maldonado Fuentes, en la sesión pertinente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Cfr. Diario de sesiones del Senado, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 25ª, martes 3 de septiembre de 2002, pp. 2618 y s.

³⁸ En la redacción dada al inciso primero del art. 250 del Código Penal por la Ley N° 19.829, se ha incurrido en un error de sintaxis, al emplear la expresión "o por haberla realizado". Debería sustituirse la palabra "haberla" por "haberlas".

³⁹ En la parte pertinente del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, recaído en el proyecto de ley, se lee: "el tenor literal de la norma actual lleva a pensar que el beneficio ofrecido solo puede ser en provecho del funcionario público, pero no de un tercero, razón por la que se prefirió ampliar expresamente la figura, para establecer que la dádiva puede ceder también en beneficio de un tercero". Cfr. Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 11ª, martes 2 de julio de 2002, p. 132. En el mismo sentido puede verse la parte pertinente del Mensaje presidencial: "se incorpora expresamente la hipótesis de dádiva destinada a un tercero, situación que se encontraba explicitada solo en los tipos de cohecho pasivo, omitiéndose su referencia en la figura activa". Vid. Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura 345ª, Extraordinaria, sesión 16ª, martes 13 de noviembre de 2001, p. 54.

esta forma, siempre según su parecer, la reforma en este punto habría venido solo a aclarar posibles dudas⁴⁰. Discrepamos de esta opinión. Creemos que el hecho de que en los arts. 248, 248 bis y 249 –en los que se sancionan distintas formas de cohecho pasivo– el legislador se haya puesto en la hipótesis de que el beneficio económico solicitado o aceptado por el funcionario público sea para sí o para un tercero, no permite colegir que en el art. 250 –en el que se castiga un delito distinto, el de soborno o cohecho activo– se castigue al particular cuando el beneficio económico por él ofrecido o consentido vaya en provecho de un tercero, si el mismo legislador no lo ha expresado⁴¹. Debe tenerse presente que con la modificación que en materia de delito de cohecho introdujo la Ley N° 19.645, el legislador adoptó una regulación que admite ser incluida dentro de la moderna tendencia doctrinal que considera que este delito tiene naturaleza unilateral, es decir, que el cohecho activo y el cohecho pasivo son dos delitos autónomos e independientes, y no un único delito con dos distintas formas de ser cometido⁴². Pues bien, si se trata de delitos diferentes, tanto respecto del cohecho activo como del pasivo deben concurrir todos los elementos que fundan la responsabilidad penal, uno de los cuales es la tipicidad de la conducta. Si un particular, antes del 8 de octubre de 2002, fecha en que entró en vigencia la Ley N° 19.829, ofreció –o consintió en dar– un beneficio económico a favor de un tercero, para que un empleado público realizara las acciones o incurriera en las omisiones de los arts. 248, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, no habrá cometido delito de soborno, por no haber satisfecho la exigencia de tipicidad de su comportamiento. Máxime, si existían otros tipos penales –los de cohecho pasivo– que sí contemplaban la hipótesis de beneficio en provecho de un tercero, o sea, que no habían omitido prever expresamente esta modalidad de comisión. En consecuencia, la reforma hecha en este punto por la Ley N° 19.829, a nuestro juicio, sí vino a llenar un vacío punitivo⁴³.

⁴⁰ Con dicha opinión estuvo de acuerdo el profesor Francisco Maldonado Fuentes. Y los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado dejaron constancia de que compartían el mismo parecer. Cfr. Diario de sesiones del Senado, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 25ª, martes 3 de septiembre de 2002, p. 2620.

⁴¹ Del mismo modo, no porque en los arts. 248 y 248 bis el legislador se haya puesto en la hipótesis de que el beneficio económico solicitado o aceptado por el funcionario público sea *por haber ejecutado o haber omitido* ciertos actos, se puede sostener que en el art. 249 se prevé sanción para el empleado que solicita o acepta el beneficio económico *por haber cometido* un delito ministerial, si el mismo legislador no lo ha señalado expresamente. El art. 249 solo se pone en el caso de que el beneficio solicitado o aceptado sea *para cometer* alguno de los delitos funcionarios ahí mencionados y no *por haberlos cometido*. En consecuencia, se trata de otro vacío punitivo dejado por la Ley N° 19.645, pero que, a diferencia del comentado en el texto, no ha sido colmado por la Ley N° 19.829. Luego, para el legislador, resulta más grave la conducta de un funcionario público que solicita o acepta un beneficio económico por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos (las penas son suspensión y multa), o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo (las sanciones son inhabilitación, multa y una pena privativa de libertad), que el comportamiento del empleado que solicita o acepta un beneficio económico por haber cometido un delito ministerial (conducta impune por atípica, salvo que pueda considerarse que, al haberse cometido el delito funcionario de que se trate, se ha ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo que el empleado detenta). Esto amerita una modificación. Cfr. la constatación de esta omisión del legislador en MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones...*, cit., p. 204.

⁴² Cfr. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 211 y ss., quien expresa que, tanto en Alemania como en España, la doctrina y la jurisprudencia más modernas se muestran mayoritariamente partidarias del carácter unilateral del delito de cohecho, considerando al cohecho activo y pasivo como delitos autónomos e independientes, pero que en Italia, en cambio, la posición dominante es la contraria. Vid. también ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 252 y LABATUT GLENA, *Derecho Penal*, cit., pp. 90 y s., quienes, tomando en cuenta la regulación del delito de cohecho en el Código Penal anterior a la reforma introducida por la Ley N° 19.645, que consideraba al cohecho como un solo delito y castigaba al sobornante como cómplice, sostienen que este delito tiene naturaleza bilateral.

⁴³ En España se produjo una interesante discusión con ocasión del nuevo Código Penal de 1995, el cual introdujo dentro de la tipificación del delito de cohecho pasivo los términos “*en provecho propio o de un tercero*”. Según un sector doctrinal, con dicha inclusión vino a colmarse una laguna importante. Otros autores sostienen que el pretendido vacío nunca existió y que la modificación solo vino a dar claridad sobre el punto. Cfr. MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración pública...*, cit., p. 228, afirmando que con esta frase se colmó una laguna. En contra, OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 355 y ss. Si bien es una discusión que se planteó con ocasión del delito de cohecho pasivo, creemos que puede perfectamente extrapolarse para la regulación en Chile del delito de soborno.

b) *Establecimiento de distintas cuantías en la pena privativa de libertad, según si la conducta del particular consiste en ofrecer un beneficio económico o en consentir en darlo.*

Con la regulación establecida por la Ley N° 19.645, cuando el cohecho activo traía aparejada pena privativa de libertad⁴⁴, no tenía incidencia en la determinación de la gravedad de esta el distinguir si el particular ofrecía un beneficio económico o consentía en darlo. Ambas modalidades se establecían, alternativamente, como merecedoras de una misma sanción privativa de libertad en abstracto. A partir de la modificación hecha por la Ley N° 19.829, cuando el soborno traiga aparejada pena privativa de libertad⁴⁵, la cuantía de esta dependerá de si el particular ofrece el beneficio económico o consiente en darlo. Para el primer caso –ofrecer el beneficio–, se prevé la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, si se refiere a las acciones u omisiones del art. 248 bis y la pena de reclusión menor en su grado medio, si se refiere a los crímenes o simples delitos señalados en el art. 249, en tanto que para el segundo caso –consentir en dar el beneficio– se contempla la pena de reclusión menor en su grado mínimo, si se refiere a las acciones u omisiones del art. 248 bis y la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, si se refiere a los crímenes o simples delitos señalados en el art. 249. Para establecer esta forma de sancionar el cohecho activo, se han tomado en cuenta dos consideraciones. Por un lado, que resulta más grave ofrecer un beneficio económico que solo consentir en darlo al funcionario público que lo ha pedido, dado que en esta última hipótesis el particular cede ante una presión⁴⁶. Y, por otro, que es más reprochable el soborno cuando lo que se pretende es la comisión, por parte del empleado, de un delito ministerial, que cuando se busca la omisión, por parte del mismo, de un acto debido propio de su cargo o la ejecución de un acto con infracción a los deberes de su cargo.

c) *Armonización de las penas para el particular y el funcionario público en el soborno asociado a la omisión de actos debidos propios del cargo o a la ejecución de actos con infracción a los deberes del cargo*

Con la modificación que en materia de cohecho hizo la Ley N° 19.645, se produjo una inaceptable situación a la que era necesario poner pronto remedio. Nos referimos a la diferencia que se estableció para las penas privativas de libertad aplicables al funcionario público que cometía el delito de cohecho pasivo propio agravado del art. 248 bis y al particular que cometía soborno relacionado con las acciones u omisiones señaladas en la misma disposición. Para el empleado público se prevenía la imposición de una pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en tanto que para el particular se contemplaba la aplicación de una pena de reclusión menor en su grado medio. La crítica resultaba evidente. Carecía de fundamento la previsión de mayor castigo para un particular que para un funcionario público, atendido el hecho de que sobre este pesan deberes derivados de su cargo que aquel no posee. Afortunadamente, la Ley N° 19.829 vino a corregir esta anomalía. Hoy en día, para el particular que comete soborno referido a las acciones u omisiones señaladas en el art. 248 bis, se contemplan penas privativas de libertad que, en abstracto, pueden ser inferiores –si consiente

⁴⁴ Para el cohecho activo asociado a las acciones u omisiones del art. 248 no se contemplaba pena privativa de libertad, sino solo penas de multa e inhabilitación. Para el cohecho activo asociado a las acciones u omisiones del art. 248 bis, además de multa e inhabilitación, se prevenía la pena de reclusión menor en su grado medio. Y para el cohecho activo asociado a los crímenes o simples delitos señalados en el art. 249, además de multa e inhabilitación, se prevenía la imposición de una pena privativa de libertad, solamente, si para el correspondiente delito funcionario se contemplaba una pena de esta clase, atendido el hecho de que el legislador ordenaba en este caso considerar al sobornante como inductor del respectivo delito.

⁴⁵ El cohecho activo asociado a las acciones u omisiones del art. 248 sigue sin estar sancionado con pena privativa de libertad, sino solo con multa e inhabilitación. Y en el soborno asociado con las acciones u omisiones del art. 248 bis o con los crímenes o simples delitos señalados en el art. 249, además de multa e inhabilitación, se contemplan penas privativas de libertad cuya gravedad depende de la modalidad de comisión, como se explica en el texto.

⁴⁶ Vid. *supra*, III. f) y nota 36.

en dar un beneficio económico— o iguales —si ofrece un beneficio económico— a las previstas para el funcionario que incurre en el cohecho pasivo propio agravado tipificado en dicha disposición, pero no superiores.

d) Establecimiento de una pena autónoma para el cohecho activo asociado a la comisión de delitos funcionarios

Con la regulación del cohecho establecida por la Ley N° 19.645, la determinación de si el soborno asociado a los crímenes y simples delitos señalados en el art. 249, o sea, a los contemplados en el título V del libro II y en el párrafo 4 del título III del mismo libro del Código Penal, además de multa e inhabilitación, se sancionaba o no con pena privativa de libertad, dependía del concreto delito ministerial que cometiera el funcionario sobornado⁴⁷. Ello, porque el inciso tercero del art. 250 establecía que en estos casos el sobornante era considerado inductor de acuerdo al artículo 15 N° 2⁴⁸. Luego, para que al particular se le impusiera una pena privativa de libertad, era necesario que el empleado cohechado cometiera un delito funcionario que estuviera sancionado con penas de esta clase, como por ejemplo, malversación por sustracción, fraude al Fisco, negociación incompatible, infidelidad en la custodia de documentos, etc. Hoy en día, en cambio, con la modificación introducida por la Ley N° 19.829, el soborno asociado a los crímenes y simples delitos expresados en el art. 249, además de multa e inhabilitación, lleva aparejada siempre una pena privativa de libertad, de reclusión menor en su grado medio, en caso que el particular ofrezca un beneficio económico, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en caso que consienta en darlo, sin que pueda castigarse al sobornante, adicionalmente, por el delito ministerial cometido por el funcionario público⁴⁹.

Sin embargo, con este cambio en la forma de sancionarse al cohecho activo asociado a la comisión de delitos funcionarios, se ha producido una lamentable situación que debería ser corregida. Se trata de la inaceptable desproporción en que han quedado, por un lado, la pena aplicable al funcionario que solicita o acepta recibir un beneficio económico para cometer alguno de los crímenes o simples delitos del título V o del párrafo 4 del título III del libro II del Código Penal, sin que en definitiva cometa el delito ministerial de que se trate y, por otro lado, la pena aplicable al particular que ofrece o consiente en dar al empleado un beneficio económico para que cometa alguno de los crímenes o simples delitos señalados. En esta hipótesis, según la actual redacción de las disposiciones pertinentes del Código, al funcionario público solo se le sancionaría con penas de inhabilitación y multa (art. 249 inciso primero). No se le impondría pena privativa de libertad, porque del inciso segundo del art. 249 se desprende que para ello es necesario que el empleado cometa el delito que se busca con el beneficio económico que solicita o acepta. En cambio, al particular se le sancionaría con las

⁴⁷ Hasta antes de la dictación de la Ley N° 19.645, la determinación de si el cohecho activo asociado con los crímenes o simples delitos del art. 249 se sancionaba o no con pena privativa de libertad, también dependía del concreto delito ministerial que cometiera el funcionario (que solo podía ser alguno de los crímenes o simples delitos expresados en el título V del libro II del Código), toda vez que el legislador ordenaba castigar al sobornante con las penas correspondientes a los cómplices en los casos respectivos.

⁴⁸ Según los profesores Jean Pierre Matus Acuña y María Cecilia Ramírez Guzmán, parecía que el legislador pretendía castigar, con las penas del autor del delito consumado, a quien ofreciera un beneficio económico para cometer un delito, sin esperar a que este efectivamente se cometiera, es decir, a quien hiciera una proposición delictiva que no se consumara, lo que consideraban inaceptable, razón por la cual sugerían entender que solo era aplicable esta regla cuando del ofrecimiento se siguiera la efectiva realización del delito funcionario. Cfr. MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones...*, cit., pp. 204 y ss.

⁴⁹ Una de las razones que llevaron al legislador a cambiar la forma de sancionar el cohecho activo relacionado con delitos funcionarios, consistente en considerar al sobornante inductor del correspondiente delito, sustituyéndola por una penalidad autónoma, fue que aquel proceder importaba una contradicción con el principio de incomunicabilidad en materia de delitos especiales. Cfr. la parte pertinente del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto de ley que dio lugar a la Ley N° 19.829, en Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura 347^a, Ordinaria, sesión 11^a, martes 2 de julio de 2002, pp. 132 y ss.

mismas penas de multa e inhabilitación (art. 250 inciso primero) y, además, con una pena privativa de libertad, que puede ser de reclusión menor en su grado medio, si ha ofrecido un beneficio económico, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, si ha consentido en darlo. Una u otra pena privativa de libertad debe ser impuesta al particular, porque del inciso tercero del art. 250 se colige que para ello basta con el solo ofrecimiento del beneficio económico o el consentimiento en darlo, sin que sea exigible que el delito ministerial sea efectivamente cometido por el funcionario público. La crítica resulta casi obvia. Es insostenible que en esta situación el particular sea castigado con penas más graves que el empleado, si aquel no tiene los deberes funcionarios propios del cargo de este. Creemos que debería hacerse una urgente modificación para solucionar esta evidente desarmonía. Para ello sería necesario introducir en el inciso tercero del art. 250 una frase en la que se exprese que las penas privativas de libertad allí contempladas se apliquen solo si el funcionario público comete el delito ministerial de que se trate.

V. CONCLUSIONES

Para terminar este trabajo hemos decidido dejar establecidas, a modo de conclusiones, las principales afirmaciones hechas en el mismo:

1. La incorporación de los nuevos arts. 250 bis A y 250 bis B del Código Penal obedece al deseo de cumplir los compromisos adquiridos por el Estado de Chile al suscribir la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. Sin embargo, ya al adherir a la Convención interamericana contra la corrupción, se había adquirido la obligación de modificar la legislación penal en esta materia.
2. El bien jurídico protegido con el nuevo delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales es el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales.
3. Habría sido preferible incorporar el nuevo tipo penal en un nuevo título del Código Penal que se hubiera creado para tal efecto.
4. Al exigir el art. 250 bis A del Código Penal que el beneficio o ventaja que el particular debe ofrecer o consentir en dar, tenga carácter económico, se ha cumplido solo parcialmente la obligación contraída por el Estado de Chile al suscribir la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales.
5. El tipo penal del art. 250 bis A del Código Penal solo puede ser realizado con dolo directo.
6. El nuevo delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales es un delito de mera actividad, que dependiendo de cada caso, puede admitir tentativa.
7. La incorporación en el art. 250 del Código Penal de la modalidad de cohecho activo consistente en que el beneficio vaya en provecho de un tercero, vino a llenar una laguna de punición.
8. La Ley N° 19.645 dejó un vacío punitivo, al asignar al art. 249 del Código Penal un texto que solo se pone en el caso de que el beneficio solicitado o aceptado por el funcionario público sea para cometer alguno de los delitos ministeriales ahí mencionados, y no por haberlos cometido. Este vacío no ha sido colmado por la Ley N° 19.829.
9. La Ley N° 19.645 produjo una inaceptable desproporción entre las penas privativas de libertad aplicables al funcionario público que cometía el delito de cohecho pasivo propio agravado del art. 248 bis del Código Penal y al particular que cometía soborno relacionado con las acciones u omisiones señaladas en la misma disposición. Esta desproporción fue corregida por la Ley N° 19.829.

10. La Ley N^o 19.829 introdujo una insostenible desarmonía entre, por un lado, la pena aplicable al funcionario que solicita o acepta recibir un beneficio económico para cometer alguno de los crímenes o simples delitos señalados en el art. 249 del Código Penal, sin que en definitiva cometa el delito ministerial de que se trate y, por otro, la pena aplicable al particular que ofrece o consiente en dar al empleado un beneficio económico para que cometa alguno de esos crímenes o simples delitos. Para remediar esto sería necesario incorporar en el inciso tercero del art. 250 del mismo Código una frase que disponga que las penas privativas de libertad allí contempladas se aplicarán al particular solo si el funcionario comete el delito ministerial de que se trate.