

SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica el Código Penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando las penas, tipifica del delito de soborno entre particulares y de administración desleal; y la ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.

BOLETÍN N° 10.739-07

HONORABLE SENADO:

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de presentar su segundo informe sobre el proyecto de ley señalado en el epígrafe, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín.

A las sesiones en que se analizó este proyecto asistieron el Fiscal Nacional del Ministerio Público, señor Jorge Abbott; el Secretario de la Excma. Corte Suprema, señor Jorge Sáez y los profesores de derecho penal, señores Héctor Hernández y Jean Pierre Matus.

Concurrieron, asimismo, la Directora de la Unidad Especializada en Anticorrupción del Ministerio Público, señora Marta Herrera; el Subdirector de dicha Unidad, señor Hernán Fernández y la Directora de Comunicaciones de la Fiscalía Nacional, señora Verónica Cerda. De igual manera, estuvieron presentes la asesora del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señora Renata Sandrini; el asesor del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, señor Guillermo Briceño; la abogada de la ONG Espacio Público, señora Camila Palacios, y el profesor de derecho penal, señor Gonzalo Rodríguez.

Igualmente asistieron el asesor de la Biblioteca del Congreso Nacional, señor Juan Pablo Cavada; las asesoras del Honorable Senador Alfonso De Urresti, señoras Rocío Sánchez y Melissa Mallega; el asesor del Honorable Senador señor Larraín, señor Sergio Morales; el asesor del Comité UDI, señor Héctor Mery, el asesor del Comité DC, señor Robert Angelbeck y la asesora del Comité PPD, señora Catalina Wildner.

- - -

OBJETIVO DEL PROYECTO

Aumentar las sanciones que el Código Penal establece para los delitos de cohecho y soborno a funcionarios públicos nacionales o extranjeros, tipificar y castigar los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal, y elevar las penas de los delitos de cohecho y soborno considerados en la Ley que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

- - -

Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 124 del Reglamento del Senado, se deja constancia de lo siguiente:

1.- Artículos que no fueron objeto de indicaciones ni modificaciones: artículo 1º, números 3, 4, 6, 7, 8 y artículo 2º.

2.- Indicaciones aprobadas sin modificaciones: número 3.

3.- Indicaciones aprobadas con modificaciones: no hay.

4.- Indicaciones rechazadas: números 1 y 2

5.- Indicaciones retiradas: ninguna.

6.- Indicaciones declaradas inadmisibles: no hay.

Asimismo, la Comisión acordó introducir dos enmiendas al texto aprobado en general en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado.

- - -

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Antes de iniciar el estudio en particular de esta iniciativa, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya** ofreció el uso de la palabra **al Fiscal Nacional del Ministerio Público, señor Jorge Abbott**, quien agradeció la invitación a participar de esta discusión. Expresó que la institución que preside manifestó su conformidad con el proyecto en términos generales, y sólo tiene algunas observaciones

relativas a ciertos detalles de la redacción, que son perfectamente superables.

Añadió que es destacable el aumento general de penas que se postula, y la incorporación de nuevas figuras que hoy no están tipificadas, como es el caso de soborno entre particulares.

Seguidamente se concedió el uso de la palabra al **profesor de derecho penal señor Héctor Hernández**, quien también agradeció la invitación a participar en la discusión de esta iniciativa.

Al comenzar su presentación hizo una valoración general del proyecto y se refirió a asuntos tratados en el texto aprobado en general y que no fueron objeto de indicación ni de modificaciones en este informe.

Expresó que, a su juicio, el aspecto más destacable de esta iniciativa es la incorporación de la figura penal típica de la administración desleal, lo que es un enorme aporte al derecho penal chileno. Explicó que el proyecto que ahora se discute plantea incorporar esta figura como un nuevo artículo 287 ter. Señaló que técnicamente esta ubicación no es adecuada, porque por su naturaleza debería considerarse dentro de los delitos patrimoniales. Expresó que esta misma idea está considerada en el proyecto despachado por la Cámara de Diputados que incorpora una figura con similar redacción como nueva hipótesis del número 11 del artículo 470 del Código Penal, lo que introduce un buen orden de coherencia punitiva, en base a la regla general para ese tipo de ilícitos, contenida en el artículo 467, que gradúa la pena según el perjuicio causado.

En seguida, se refirió a la propuesta del proyecto consagrada en el nuevo artículo 287 bis que se propone introducir una nueva figura de cohecho entre particulares. Expresó que acá hay dos asuntos relevantes:

1) Hay una serie de sujetos a quienes debería poderseles aplicar la figura de cohecho por dádiva, pero que no se les aplica porque no son funcionarios públicos. Señaló que en esa situación están quienes inequívocamente realizan funciones públicas en empresas privadas concesionadas o en sectores que fueron privatizados.

2) En relación a la discusión moderna de la corrupción entre privados, expresó que esta situación se predica respecto a algunos sujetos privados que están en cierta posición en la cual se les exige un estándar de imparcialidad u objetividad particular. Señaló que en el derecho comparado esta situación se trata en base a dos modelos:

a) Protección del mandante o el empleador del sujeto en cuestión.

b) Protección de la competencia leal.

Señaló que el texto de esta moción se inscribe en la protección del mandante, estructurando la conducta incriminada sobre base de la infracción de los deberes del mandatario, pero sin especificar cuáles son ellos. Indicó que si se quiere optar por esta vía es necesario aclarar este punto, a lo menos en la discusión parlamentaria. Manifestó que en contraste el proyecto despachado por la Cámara de Diputados opta por el segundo camino.

Seguidamente, llamó la atención sobre otros dos aspectos del texto despachado en general que requieren revisión por parte de la Comisión:

1) La nueva regulación del comiso, propuesta en el artículo 251 quáter, nuevo, que se pretende incorporar.

Planteó que hay dos problemas con esa disposición. En primer lugar, notó que la modificación aprobada en general no menciona el artículo 251 vigente, que también regula el comiso para los delitos del título. Explicó que no puede haber dos normas para esta pena accesoria respecto de la misma figura, por lo que es menester que ambas se refundan en una sola disposición.

En segundo término, se refirió al reenvío que hace el artículo 251 quáter propuesto al artículo 37 de la ley N° 19.913. Expresó que es una buena idea, pero merece un par de observaciones. Por una parte, esta modificación y otras similares que se han tratado en proyectos de ley que el Congreso Nacional ha tramitado en paralelo, demuestran la necesidad de introducir una regulación general sobre la pena de comiso, porque la legislación actual que se ocupa en la materia está notoriamente desfasada. Por otro lado, observó que el artículo 37 de la Ley sobre Lavado de Activos contiene una larga regulación procesal sobre incautaciones y otras medidas cautelares reales durante el proceso penal por los delitos sometidos a esa regulación, y solo al final establece una regla sustantiva penal, en carácter de supletoria, relativa al comiso por equivalencia. Expresó que al parecer lo que quiere el legislador en este caso es hacer aplicable justamente ese criterio -que en el citado artículo 37 tiene el carácter de residual-, por lo que convendría sustituir la fórmula propuesta por una referencia directa al fondo de lo que se quiere.

2) Modificación a la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Expresó que formalmente la proposición de modificación que se hace al artículo 15 de esa ley está bien, pero ello no

soslaya el hecho que esa disposición es completamente superflua, en virtud de las reglas generales del Código Penal.

- - -

DISCUSIÓN EN PARTICULAR

A continuación, se efectúa una relación de las indicaciones presentadas al texto aprobado en general por el Senado, y los acuerdos adoptados por la Comisión a su respecto.

Esta iniciativa se estructura en dos artículos permanentes. El primero introduce, en 8 números, diversas modificaciones al Código Penal. El artículo 2º modifica el artículo 15 de la ley Nº 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavados de activo, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.

En relación con algunas de estas disposiciones se presentaron las siguientes enmiendas.

Artículo 1º

Número 1)

Modifica el artículo 248 del Código Penal que sanciona el delito de cohecho.

El artículo aprobado en general establece que el empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio indebido, para sí o un tercero **para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos**, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cincuenta a 500 unidades tributarias mensuales.

Respecto de esta norma se formuló la **indicación número 1, del Honorable Senador señor Horvath.**

Mediante ella se propone eliminar en este artículo la frase: “para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos”.

Al iniciarse el debate de esta proposición, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya**, concedió el uso de la palabra al **profesor de derecho penal, señor Jean Pierre Matus**, quien agradeció la invitación a participar de esta discusión.

Explicó que esta indicación produce -por la vía de la supresión-, un cambio central en la concepción nacional del delito de cohecho. Añadió que desde la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, la idea siempre había sido que lo que se sanciona es la solicitud o aceptación de una dádiva para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo.

Expresó que la figura anterior deja fuera de la conducta punible las situaciones en las que el funcionario público recibe un estipendio por el solo hecho de ocupar un puesto público, y sin que ello se vincule a una acción u omisión específica propia de su cargo.

Indicó que esto ha sido objeto de discusión en la legislación extranjera, y en ellas se han adoptado medidas tendientes a eliminar ese vínculo. Manifestó que la idea de la indicación parece inscribirse en ese propósito, aunque la técnica mediante la cual este cambio se intenta puede resultar cuestionable. Por ello, propuso redactar esta disposición en términos positivos, de forma que quede más claro su objetivo. Para ese fin, propuso reemplazar su formulación por la siguiente:

"Para agregar en el artículo 248, después de la frase "para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalado derechos", la expresión "o en consideración de su cargo o función."."

Manifestó que aunque se apruebe la indicación número 1 -en su formulación original o según la alternativa antes propuesta-, aún quedaría afuera una situación que ha trastocado nuestra vida pública en el último tiempo: los casos de financiamiento irregular de la actividad política.

Recordó que en paralelo con esta iniciativa está en tramitación, ante esta misma Comisión, el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios (Boletines números 9.956-07 y 10.155-07, refundidos), que trata los mismos temas que esta iniciativa, pero no contiene una idea similar a la que trata la indicación número 1 ni tampoco una regulación especial para el financiamiento de la política, que parecen ser los temas más relevantes de este asunto ante la opinión pública.

En seguida, **el profesor de derecho penal señor Hernández** sostuvo que nuestra legislación tempranamente se diferenció de modelo penal español, que ya en el siglo XIX sancionaba la dádiva entregada al funcionario público únicamente en consideración al cargo que ocupa. Expresó que, como contrapartida, otros países europeos adoptaron una fórmula similar a la chilena -que vincula la entrega de la dádiva a la realización de un acto u omisión propio del cargo-, pero posteriormente abandonaron este esquema para hacer frente a situaciones de corrupción sistémica, en virtud de la cual uno o más particulares tenían permanentemente en su nómina mensual de pago a uno ó más funcionarios públicos.

Señaló que aunque el propósito de la indicación del Senador señor Horvath parece claro, el resultado práctico de su aplicación tiene el potencial de generar algunos resultados contraproducentes, pues al excluir del artículo 248 la frase que se propone, no hay forma de exigir que los mayores derechos o el beneficio indebido que exija o reciba el funcionario sean, a lo menos, en atención al cargo que el empleado estatal ocupe.

Indicó que, más allá de las deficiencias técnicas, la idea tras la indicación número 1 es una reforma mayor al cohecho, es una proposición adecuada, puesto que abarca ámbitos de actividad delictiva que no están penalizados y que deberían estarlo. Con todo, observó que se trata de una modificación estructural, que requiere hacer enmiendas a otras disposiciones del Código, como el artículo 250.

A continuación, se ofreció el uso de la palabra a la **asesora de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, señora Marta Herrera**, quien manifestó que concuerda con la interpretación que hace el profesor señor Matus sobre el sentido de la indicación, pues el resultado práctico de esa proposición es introducir en nuestra legislación una hipótesis nueva, que incrimina la aceptación o solicitud, por parte de un funcionario público, de dádivas u otros beneficios ilegales, en razón únicamente del cargo que ocupa, y sin vincularlo a un acto u omisión específico.

Expresó que si se quiere seguir por esta vía es necesario que la nueva hipótesis quede contenida en una disposición aparte, para evitar que se interprete que la modificación abarca el tipo de base de cohecho, que exige una acción u omisión propia del cargo como contrapartida de la dádiva que se solicita o se recibe. Explicó que ese entendimiento tendría la potencialidad de afectar procesos pendientes.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Araya** explicó que le preocupa las observaciones sobre el efecto de la técnica legislativa utilizada en esta indicación, que han planteado quienes le antecedieron en el uso de la palabra, porque no deben repetirse en esta

ocasión algunos problemas de interpretación que han generado textos aprobados por el Congreso Nacional, en que modificaciones destinadas a un fin específico, se han interpretado como derogaciones de ciertas hipótesis de las disposiciones modificadas.

A su turno, **el Honorable Senador señor Larraín** planteó que la indicación número 1 se aleja un poco de los objetivos centrales de este proyecto, que buscan elevar las sanciones a las figuras de cohecho que en la actualidad son perseguidas por el Ministerio Público. Expresó que hacer una modificación a la estructura básica de la figura, removiendo el requisito de la acción u omisión del funcionario ejecutada por dádiva, puede tener resultados poco predecibles, porque podrían quedar penalmente tipificadas situaciones en las que no hay una intensión criminal de por medio.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Espina** coincidió con la preocupación planteada por los parlamentarios que le antecedieron en el uso de la palabra respecto de la posibilidad de una derogación inadvertida de un precepto vigente si se aprueba la indicación número 1.

Recordó que el propósito de este proyecto es mejorar las figuras de cohecho que hoy se imputan en la persecución penal. Explicó que ello se hace mediante un aumento razonable de penas, que pasa por elevar en cada caso el piso de la sanción, y mejorar el catálogo de sanciones accesorias de inhabilidad. Añadió que otra enmienda fundamental es cambiar la expresión "beneficio económico" por "beneficio indebido", lo que implica un aumento relevante en el ámbito de apreciación de las conductas incriminadas.

Expresó que, en cambio, una proposición como la que plantea el Honorable Senador señor Horvath contiene una idea plausible, pero requiere una revisión previa de otras figuras relacionadas para evitar problemas de coherencia interna del Código.

Por su parte, **el Honorable Senador señor De Urresti** manifestó que comparte la idea de la indicación por las explicaciones antes expuestas. Con todo, expresó su preocupación por que estas modificaciones no puedan ser utilizadas como una forma de defensa respecto de los funcionarios públicos que actualmente están siendo encausados, por una inadvertencia legislativa.

Al respecto, **el señor Fiscal Nacional del Ministerio Público** manifestó que los problemas de concordancia antes expresados son menores de los que en un principio se piensa, y buena parte de ellos se originan en la forma como está redactada la indicación, que previamente fueron identificados por la asesora Marta Herrera, y que se

soluciona con la proposición de redacción alternativa que expuso el profesor señor Matus. Añadió que el cambio propuesto es fundamental, porque permite perseguir a los funcionarios públicos que integran permanentemente la nómina de personas o entidades particulares para el solo fin de tener empleados públicos con buena disposición, aunque nunca ejecuten un acto de su cargo que se puede vincular al pago.

Sobre el punto, **el Honorable Senador señor Harboe** expresó que comparte la idea anterior, pero es importante hacer la distinción correspondiente, para que no se penalice la situación en la que un particular, de manera unilateral, hace un presente menor no solicitado a un funcionario público una acción u omisión determinada.

Al respecto, **el profesor de derecho penal señor Hernández** recordó que en la definición basal del tipo de cohecho, contenida en el artículo 248, y que este proyecto no toca, se requiere que el funcionario solicite o acepte el beneficio en cuestión, por lo que el puro ofrecimiento no configura el tipo respecto del funcionario.

Añadió que cualquier cambio legislativo en esta materia tiene la potencialidad de fundar una pretensión procesal nueva por parte de alguno de los abogados que defienden alguno de los numerosos casos de cohecho que en este momento se ventilan en los tribunales. Con todo, expresó que buena parte de la plausibilidad de esas pretensiones pierden sustento si se considera que la proposición que acá se discute, reformulada por el profesor señor Matus, añade una hipótesis de punibilidad nueva, y no modifica ni menos elimina las vigentes.

Señaló también que esta nueva hipótesis de conducta funcionaria -que la indicación propone criminalizar-, está muy generalizada en la legislación criminal comparada de países desarrollados, y debe ser incorporada a nuestro ordenamiento en vista del nivel de desarrollo de nuestra Administración Pública. Con todo, observó que en general las tipificaciones de esta índole están contenidas en artículos distintos a los que describen la figura tradicional del cohecho, porque se entiende que se trata de figuras autónomas. Indicó que también es posible proceder de la forma que se propone, pero ello importa cierta impropiedad técnica.

Puntualizó que si en definitiva se incorpora esta figura, es imprescindible modificar el artículo 250, que sanciona al sobornante. Explicó que ese tipo describe la acción del inductor, consistente en la entrega de una dádiva a cambio de la acción u omisión propia del cargo del funcionario cohechado. El punto es que si la modificación que se postula importa la entrega de un beneficio al funcionario público por el solo hecho del puesto que ocupa y no a cambio de una acción u omisión específica de su cargo, la conducta del sobornante sería atípica a menos que, de forma expresa, se introdujera una sanción para ese caso. Manifestó que la

consideración anterior también abona la tesis de que se establezca la sanción del funcionario público que queda incorporado en una nómina privada en una disposición aparte.

En relación con el financiamiento ilegal de la política, **el profesor señor Hernández** sostuvo que no es un tema que trata este proyecto, y sin duda es relevante en cualquier iniciativa para lucha contra la corrupción. Añadió que de lo anterior no se colige, necesariamente, que este tema deba estar adscrito al delito de cohecho. Fundamentó su observación explicando que este punto ya ha sido tratado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, la que ha establecido que en muchas ocasiones los aportes ilegales a la política operativizan situaciones que tradicionalmente caen en el cohecho y la extorsión, pero también hay otras figuras que merecen ser perseguidas penalmente en este ámbito, pero no a través de esos tipos penales sino por medio de fórmulas infraccionales propias. Expresó que en parte ello fue recogido en la discusión parlamentaria que culminó el año pasado, y que instauró en Chile una nueva legislación sobre probidad, transparencia y protección de la función pública.

A continuación, hizo uso de la palabra **el asesor de la Fundación Jaime Guzmán, señor Héctor Mery**, quien planteó que esa materia fue objeto hace poco tiempo atrás de una reforma legal omnicompreensiva, que modificó un gran número de textos legales para introducir una modificación coherente. Recordó que esa iniciativa, que fue promulgada como ley N° 20.900, requiere un tiempo de aplicación práctica para poder determinar con propiedad sus fortalezas y debilidades, por lo que no es conveniente tratar este asunto en esta oportunidad.

A continuación, hizo uso de la palabra **el Honorable Senador señor De Urresti**, quien solicitó que se invite a representantes del Poder Judicial, para que expongan la experiencia práctica de aplicación de estas normas y la incidencia que pueden tener los cambios que se proponen.

En una sesión posterior, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya**, concedió el uso de la palabra al **Secretario de la Excelentísima Corte Suprema, señor Jorge Sáez**, quien en nombre del Máximo Tribunal agradeció la oportunidad de participar en esta discusión. Expresó que su intervención se efectúa a título personal, y no representa necesariamente el parecer del pleno de esa Corte.

Refiriéndose a la indicación número 1, expresó que en la actualidad la disposición penal exige que por parte del funcionario público se acepte o reciba un beneficio por la realización de un acto determinado en la órbita de sus funciones. Expresó que con esta conducta funcionaria se afecta el funcionamiento correcto e imparcial de la

Administración Pública. Como correlato, recordó que se sanciona al cohechador a través de las figuras delictivas contenidas en los artículos 250 y 250 bis del Código Penal.

Explicó que con esta propuesta no sería requisito para se sancione el cohecho pasivo propio del funcionario, que el beneficio se obtenga por la ejecución de un acto propio de su cargo, y en cambio se pretende que el cohechado sea sancionado penalmente por el solo hecho de solicitar o aceptar un beneficio no contemplado en la ley por el ejercicio de su función, sin que se vincule esa entrega a ningún acto determinado que éste deba realizar o haya realizado en el ejercicio de su función pública.

En una primera consideración sobre esta idea advirtió que la norma propuesta sugiere que la sola solicitud o aceptación de mayores derechos de los que le está señalados por razón de su cargo al funcionario público, constituiría un delito. En esta descripción es posible comprender actos plenamente lícitos o actualmente aceptados, como son las solicitudes de aumento de remuneraciones o asignaciones económicas que plantean a la autoridad por gremios del sector público o grupos o trabajadores dependientes de dicho sector. Manifestó que resulta peligroso dejar abierta la norma a interpretaciones literales en que tenga cabida la posibilidad de criminalizar conductas legítimas, que dicen relación con las posibilidades de demandar mejores condiciones laborales.

Añadió que lo anterior recuerda la norma que rige en la actualidad a las Fuerzas Armadas, que califica como ilícita cualquier manifestación de inconformidad con su grado o remuneración.

En la misma línea, connotó que la calificación de indebido solo sigue al sustantivo beneficios, pero no está incorporada a los derechos solicitados o aceptados. Indicó que esa objeción se resuelve agregando un calificativo que evidencie la injusticia o falta de legitimidad de la solicitud o aceptación que se pretende referir.

Como segunda consideración, manifestó que resulta necesario observar que no aparece como pertinente esta modificación en los términos propuestos, pues altera la sistemática adoptada actualmente por el Código Penal respecto de los delitos cometidos por los funcionarios Públicos. En efecto, en el delito de cohecho siempre se ha exigido una actuación bilateral, esto es, al acto del cohechador activo y el del pasivo -el funcionario público-, quien realiza la prestación con la que se pretende beneficiar al actor.

Indicó que al convertir la simple solicitud o aceptación por parte de un funcionario público de un beneficio económico en un acto que por sí mismo resulta lesivo contra el ordenamiento penal, desvinculado de la finalidad que tuvo el cohechador activo, se desplaza el

bien jurídico protegido desde la recta ejecución de los actos de la Administración hacia la probidad del funcionario, sin que lo último se vincule necesariamente al acto propio del servicio. De esta forma, se transforma en delito la situación de allegar al funcionario público cualquier beneficio que no esté contemplado dentro de sus estipendios autorizados por la ley.

Manifestó que la dilucidación de este asunto requiere tener en vista otras dos normas de nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, mencionó el artículo 62 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En su parte pertinente esta disposición establece lo siguiente:

"Artículo 62.- Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas:

5. Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza.

Exceptúanse de esta prohibición los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.

El millaje u otro beneficio similar que otorguen las líneas aéreas por vuelos nacionales o internacionales a los que viajen como autoridades o funcionarios, y que sean financiados con recursos públicos, no podrán ser utilizados en actividades o viajes particulares;"

Manifestó que en vista de la disposición antes citada, si se persiste en la idea de la indicación, se elevaría a rango de infracción penal una conducta que hoy constituye una infracción administrativa. Observó que si ese es el propósito del legislador, resultaría más conveniente generar una figura penal nueva, distinta a la del cohecho, y redactada en términos similares al citado número 5 del artículo 62.

En segundo lugar, recordó que el Código Penal contiene otra disposición que en algún modo también sanciona la corrupción en que pueden incurrir los funcionarios públicos que reciben o aceptan beneficios económicos al margen de sus estipendios autorizados por ley. Señaló que esa regla es el artículo 241 bis, que sanciona el incremento patrimonial relevante e injustificado del empleado público durante el ejercicio de su cargo. Su texto es el siguiente:

"Artículo 241 bis.- El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta

temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.

Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito.

La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público.

Si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código."

Explicó que esta disposición sanciona precisamente al empleado público que en el ejercicio de su cargo incrementa su patrimonio de manera relevante e injustificada. Ello solo podría producirse por haber recibido ilegalmente otros beneficios pecuniarios no procedentes de sus legítimas emolumentos legales.

Manifestó que si se persiste en la idea de incorporar una sanción contra el funcionario público por aceptar beneficios no contemplados en sus ingresos como funcionario, bastaría con modificar el artículo 241 bis, eliminando en su inciso primero la palabra "relevante", lo que implicaría punir todo incremento patrimonial que no se justifique.

En conclusión, señaló que incorporar una modificación redactada en términos tan amplios como ley penal abierta, implica adelantar las barreras de protección de los bienes jurídicos por el peligro que podría significar para la recta administración pública el hecho de que se acepten donativos no asociados a actos precisos. Esto implicaría una ampliación del campo penal a conductas que hoy se sancionan en sede administrativa.

Añadió que de aprobarse la indicación en el mismo tenor en que se formuló, implica, en la letra, terminar con la sanción del cohecho, entendido como la venta del acto administrativo por un precio. En cambio, la propuesta del Honorable Senador señor Horvath adelanta la barrera de punición a un acto anterior: la solicitud o aceptación de un beneficio indebido, sin que ello se vincule a un acto del cargo. Esta propuesta abarca muchas más conductas que el cohecho. En la misma línea,

observó que la indicación también implica que se sanciona con la misma pena al funcionario que recibe o solicita la dádiva, sin distinguir si realizó o no un acto de la esfera de sus atribuciones para beneficiar al sobornante. Expresó que debe hacerse una valoración más detenida para concluir si ambas conductas tienen el mismo desvalor y si merecen la misma sanción.

Agregó que las otras indicaciones que presentó el Honorable Senador señor Horvath corresponden al campo de lo que es propio de la discrecionalidad legislativa.

En relación con el resto de la penalidad propuesta en la iniciativa, expresó que resulta interesante la modificación que propone en orden a sustituir la pena de suspensión del oficio o empleo público por la de inhabilitación del mismo, pues ello importa que quien es condenado por este ilícito se le impide para el futuro cometerlo de nuevo.

A continuación, hizo uso de la palabra **la asesora de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, señora Marta Herrera** quien señaló que pese a las dificultades técnicas que plantea la formulación de la indicación, el Ministerio Público prefiere que se incorpore una norma de ese tipo a nuestra legislación, pues nuestro ordenamiento debe sancionar al funcionario público que está permanentemente a disposición de un privado a cambio de una dádiva periódica. Recordó que hay varias legislaciones comparadas que incorporan este ilícito. En todo caso precisó que esta materia debiera ser objeto de una discusión más amplia que va más allá de la figura del cohecho que establece este proyecto.

Añadió que introducir la modificación anterior por la vía de enmendar el artículo 241 bis no es un camino apropiado, porque esa figura presenta varios problemas de aplicación práctica. Explicó que lo que se sanciona es un incremento patrimonial, y no la conducta de una persona, se trata de una sanción por un resultado, y opera siempre de manera residual al resto de los tipos que sancionan la conducta ministerial del funcionario público. En cambio, facilita mucho más la persecución penal una norma como la que propone el Honorable Senador señor Horvath, pues únicamente requeriría probar el aporte privado permanente e indebido al funcionario público para configurar la infracción.

Finalmente, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya**, declaró cerrado el debate, y puso en votación la indicación número 1.

- La Comisión por la unanimidad de sus integrantes, Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, rechazó esta indicación.

El Honorable Senador señor Espina fundamentó su voto en contra de esta indicación por dos razones.

Primero, que este es un tema que debe estudiarse en forma más detenida. Agregó que el despacho de este proyecto es apremiante y no es este el momento de modificar la estructura básica que ha permitido la persecución penal del cohecho. Precisó que la norma aprobada en general ya incorpora un cambio importante pues modifica la expresión “beneficio económico” por “beneficio indebido” que es un término más amplio que puede o no ser evaluable económicamente. Insistió que este un cambio radical en la legislación chilena.

En segundo lugar, que la norma aprobada genera un importante cambio en la escala de penas para quienes incurrir en este tipo de conductas.

En tercer lugar, manifestó que también ha de tenerse en cuenta los planteamientos que sobre esta materia ha formulado el secretario de la Excma. Corte Suprema. Expresó que una de las vías que se podría contemplar en una propuesta futura podría ir por la línea de perfeccionar el tipo del enriquecimiento ilícito, materia que también hay que estudiar con cuidado y con consulta al Ministerio Público.

El Honorable Senador Larraín compartía y hacía suyos los planteamientos del Honorable Senador señor Espina.

El Honorable Senador señor Harboe explicó que su voto en contra se fundaba en las observaciones que había formulado el Ministerio Público y el representante de la Excma. Corte Suprema.

El Honorable Senador señor De Urresti señaló que también votaba en contra de la indicación a partir de lo que expresó el representante de la Excma. Corte Suprema y la señora asesora del Ministerio Público. Hizo presente que sería conveniente tener mayores antecedentes casuísticos, que podría proporcionar el Ministerio Público, sobre la figura del enriquecimiento ilícito que establece el artículo 241 bis del Código Penal.

Finalmente, hacemos presente que la Comisión, por la misma unanimidad ya indicada, acordó introducir una enmienda de mera forma al artículo 248.

- - -

Número 2

Este número sustituye el artículo 248 bis del Código Penal que regula el cohecho pasivo propio agravado.

La norma aprobada en general sanciona al empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio indebido, para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de **reclusión menor en su grado máximo a** reclusión mayor en su grado mínimo, y además, con la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos perpetua y multa del duplo al cuádruple del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales.

En relación con esta disposición se presentó **la indicación número 2º del Honorable Senador señor Horvath** que sugiere eliminar del artículo 248 bis aprobado en general la frase: “reclusión menor en su grado máximo a”.

En primer lugar, **el señor Presidente de la Comisión** se concedió el uso de la palabra al **profesor de derecho penal señor Matus**. En relación con la indicación, explicó que el objetivo de la proposición es elevar la pena a la figura aprobada en general. Señaló que al fin de cuentas la decisión de aumentar una sanción es la contrapartida de la valoración que debe hacer el legislador del bien jurídico protegido, lo que es un asunto privativo de su competencia.

Expresó que desde el punto de vista técnico el único punto que conviene observar es que este proyecto no contiene normas especiales sobre determinación de la pena que impidan al juez salirse del marco punitivo establecido en la ley. En esa línea, explicó que la idea de la indicación es eliminar el piso de la sanción propuesta para que tras la aplicación de las reglas generales sobre determinación, la pena efectiva no se vea tan disminuida.

En segundo lugar, hizo uso de la palabra **el profesor de derecho penal señor Hernández**, quien con ocasión de la indicación se refirió a los nuevos marcos punitivos que establece este proyecto. Señaló que el legislador es soberano para establecer la valoración de los bienes jurídicos que están detrás de la conducta incriminada, aunque debe ser cauto a la hora de asignar la sanción en comparación con otras figuras que tutelan intereses de mayor entidad.

Al respecto, también trajo a colación lo señalado previamente por él en la discusión en general. Observó que la figura de los artículos 248 bis y 249 operan como formas agravadas del cohecho base del artículo 248, y siempre que el acto u omisión que se obtiene del funcionario público no tenga asignada una sanción mayor para él o para el particular que lo solicita. En ese entendimiento, expresó que conviene detenerse en la justificación de los aumentos de pena que se proponen, que pueden terminar rompiendo la estructura supletoria de estos tipos penales.

Añadió que el artículo 8° del Código Penal establece que por regla general la conspiración y la proposición para cometer un delito no se sancionan a menos que haya una norma expresa en contrario. A su vez, el número 2) del artículo 15 de ese cuerpo legal sanciona la inducción a otro a cometer un delito solo cuando el inducido ha tenido éxito. Teniendo presente lo anterior, se debe tener cuidado con el efecto que puede acarrear el artículo 250, que sanciona al inductor de las figuras de los artículos 248, 248 bis y 249 con las mismas penas que al autor, sin requerir -necesariamente-, que la conducta inducida haya tenido lugar.

Como contrapartida, manifestó que un punto muy destacable de la nueva penalización que se propone son las nuevas reglas de inhabilitación para cargos u oficio públicos, que tienen una potencialidad disuasoria mayor que las sanciones corporales, las que además -por aplicación de las reglas generales de determinación de penas y la sustitución de sanciones privativas de libertad-, son más bien teóricas.

A su turno, **la asesora de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, señora Marta Herrera**, expresó que en su minuto la institución que representa manifestó públicamente que es muy necesario elevar la pena actual a los delitos funcionarios, y que la vía que elige esta moción -consistente en elevar los pisos mínimos de la sanción-, es mejor que el camino que sigue el proyecto contenido en el mensaje del Gobierno, que se limita a aumentar los máximos legales de la sanción. Con todo, observó que un alza desmedida de la pena, como la que propone la indicación, puede tener problemas de justificación ante otras figuras que cautelán bienes jurídicos más acuciantes para la sociedad. En contraste, indicó que la propuesta del texto aprobado en general representa un todo más coherente, porque eleva en forma consistente todos los pisos punitivos de las figuras relevantes en este ámbito.

Puntualizó que, a diferencia de lo que considera el profesor señor Hernández, a su juicio hay razones justificadas para se apruebe un aumento relevante de la pena en el caso del artículo 249, pues en esa disposición se penaliza una acción u omisión de un funcionario público a cambio de una prebenda, realizada con infracción a los deberes de su cargo y que importa además un agravio contra los derechos garantizados por la Constitución.

Expresó que si se quiere explorar una vía alternativa para aumentar las penas, podría plantearse un mecanismo similar al que plantea el artículo 351 del Código Procesal Penal, por la vía de aumentar la sanción del delito cometido como resultado de la acción u omisión del funcionario cohechado.

En seguida intervino **el Honorable Senador señor Harboe**, quien planteó que esta moción se hace cargo de la patente realidad del rechazo social en aumento frente a ciertas conductas funcionarias indebidas, por lo que es imprescindible incrementar las sanciones que prevé la ley. Subrayó que también es muy importante que la reforma que se adopte sea eficaz. Observó que atenta contra ese objetivo un alza desmesurada de la pena, pues ello puede tener el efecto contraproducente de inhibir su aplicación judicial.

Finalmente, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya**, declaró cerrado el debate y puso en votación la indicación número 2.

- La Comisión por la unanimidad de sus integrantes, Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, rechazó esta indicación.

Con la misma unanimidad se aprobó una enmienda de forma a este texto. Para adoptar este acuerdo se tuvo presente lo que dispone el inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado.

A continuación, los miembros de la Comisión notaron que el texto aprobado en general sustituye completamente el artículo 248 bis. Esa disposición tiene dos incisos. El primero establece la figura del cohecho agravado por la calidad de ilícita de la acción u omisión proferida por el funcionario público cohechado. El segundo regula una forma calificada de realizar esa acción u omisión, consistente en que el funcionario cohechado influya en otro funcionario para que él, a su vez, cometa la acción u omisión en cuestión. El texto de esta figura calificada es el siguiente:

"Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta para cargo u oficio público, perpetua, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente."

Sobre este punto la Comisión abrió debate, ya que el texto aprobado en general no contempla esta figura.

En primer término hizo uso de la palabra **la asesora de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, señora Marta Herrera**, quien expresó que la figura que sanciona el inciso segundo del artículo 248 bis está comprendida en el inciso primero antes reemplazado, por lo que su eliminación no importaría una despenalización de la conducta. Añadió que esta figura especial tiene una pena más alta, pero el texto de este proyecto agrava también la figura base, por lo que el resultado de su eliminación es igual. En consecuencia, se puede reemplazar el artículo 248 bis sin que esta situación signifique una despenalización de la figura que contempla el inciso segundo del artículo 248 bis.

Por su parte, **el profesor de derecho penal señor Matus** coincidió con la apreciación anterior. Agregó que si se mantiene el inciso segundo del artículo 248 bis, sin ninguna enmienda, se podría transformar en una figura penal privilegiada en relación con lo que establece el nuevo inciso primero del artículo 248 bis.

A su turno, **el Honorable Senador Araya** consultó si en la actualidad hay juicios pendientes por esta causa.

El profesor de derecho penal señor Matus reconoció que sí, por lo que el asunto de la derogación podría discutirse ante estrados. Expresó que para evitar lo anterior podría mantenerse el inciso segundo, pero adecuando la penalidad.

Ante una consulta de la Comisión, **el señor Secretario de la Corte Suprema** manifestó que es preferible, para evitar problemas de destipificación de conductas actualmente sometidas a proceso, mantener el contenido del inciso segundo, pero igualando las penas. Con ese fin propuso la siguiente redacción alternativa del inciso segundo en cuestión:

“Con las mismas penas señaladas en el inciso anterior se sancionará al funcionario público que, con infracción a los deberes del cargo, ejerza influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado.”.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya, sometió a votación la proposición anterior.

La Comisión, por la unanimidad de sus integrantes, Honorables Senadores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, aprobó esta disposición. Para adoptar este acuerdo se tuvo en vista lo que dispone el inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado.

- - -

Número 5)

Reemplaza del artículo 251 bis que sanciona el cohecho a funcionario público extranjero.

La norma aprobada en general dispone que el que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio indebido, en provecho de éste 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 indebida en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales**, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a reclusión mayor en su grado mínimo y, además, con las de multa e inhabilitación establecidas en el artículo 248 bis. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. De igual forma será castigado el que ofreciere, prometiére o diere el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas, y el que consintiere en dar el referido beneficio.

En relación con esta disposición se formuló la **indicación número 3, del Honorable Senador señor Horvath**. Mediante ella propone reemplazar en el artículo 251 bis aprobado en general la expresión “de cualquier negocio o ventaja indebida en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales” por “de cualquier ventaja indebida en el contexto de una relación económica internacional o de una actividad económica desempeñada en el extranjero”.

Al iniciarse el estudio de este asunto, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya**, concedió el uso de la palabra **al profesor de derecho penal señor Matus**, quien planteó que esta modificación parece hacerse cargo de una situación observada por organismos internacionales en esta materia.

Explicó que hay casos en los que un funcionario público extranjero actúa fuera de su país como particular común. Ello tiene lugar cuando se trata de empresas públicas que operan fuera de las fronteras nacionales a través de participaciones accionarias en entidades establecidas en otras jurisdicciones. En ese caso, el empleado que representa ese interés accionario no actúa como funcionario público extranjero sino como privado.

Señaló que el caso anterior tiene lugar en nuestro país respecto de varias empresas estatales europeas de servicios sanitarios o de producción o distribución de energía eléctrica, que tienen participación

accionaria en empresas privadas chilenas del mismo rubro. En ese caso, el funcionario público extranjero que representa esos intereses accionarios en Chile actúan en nuestra jurisdicción como un particular, por tanto no puede apreciarse en su conducta el tipo de cohecho de funcionario público extranjero, por lo que no es sancionable en Chile ni tampoco puede ser extraditado desde nuestro país por esa causa. Planteó que en base al entendimiento anterior, la indicación debería ser aprobada.

Seguidamente, intervino **el profesor de derecho penal señor Hernández**, quien manifestó que comparte las observaciones hechas a este respecto por quien le antecedió en el uso de la palabra.

Destacó que la indicación también soluciona un asunto que proviene de la traducción española de los tratados internacionales que impusieron la obligación de tipificar estas figuras. En ellas se planteaba que el negocio o ventaja indebida que obtuvieron los funcionarios públicos extranjeros deberían plantearse en el contexto de "transacciones internacionales", lo que ha sido interpretado en las jurisdicciones hispanoparlantes como un asunto únicamente atingente al comercio internacional, y no a actividades realizadas íntegramente en el extranjero con capitales foráneos, como explicó el profesor Matus.

A su turno, **la asesora de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, señora Marta Herrera**, explicó que no tienen observaciones a la indicación número 3. Añadió que el artículo aprobado en general satisface las inquietudes planteadas en las revisiones efectuadas a nuestro país por la OCDE.

El asesor del Ministerio Público, señor Hernán Fernández, señaló que la redacción aprobada en general está conforme a los criterios que establecen los tratados internacionales sobre esta materia. Añadió que si se introduce un cambio como el propuesto en la indicación se podrían generar observaciones de la OCDE. En este sentido, puntualizó que sería preferible dejar esta norma como venía en propuesta en el proyecto aprobado en general.

El profesor de derecho penal señor Matus recordó que Chile es un país soberano y que sobre esa base se podría entender que las observaciones que podría hacer la OCDE solo dicen relación con la interpretación de los tratados. Agregó que lo que hay que preguntarse es si esta regulación incluye a los funcionarios públicos extranjeros que en Chile actúan como representantes de empresas extranjeras. Ellos actuarían en el ámbito de negociaciones nacionales y no internacionales. Añadió que ese caso quedarían fuera del artículo sino se aprueba la indicación del Honorable Senador señor Horvath, pues la norma se refiere a actos internacionales. Tampoco quedarían incluidos en esta

disposición los funcionarios que actúan como particulares en transacciones locales. Para prevenir estas situaciones habría que aprobar esta indicación.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Espina** se mostró a favor de la indicación, porque más allá de las observaciones gramaticales puntuales, permite que el tipo abarque figuras de ventajas indebidas que hoy no están contempladas y que debería estarlo, tal como lo ha explicado el profesor Matus previamente.

Aclaró que lo que se está penalizando es ofrecer dinero o un beneficio a alguien para obtener una ventaja indebida. Explicó que este cambio, en principio, no presenta dificultad.

El Honorable Senador Harboe señaló que entendía que el Ministerio Público está en contra de la aprobación de esta indicación. Agregó que su no aprobación limitaría la capacidad de persecución de determinadas conductas. Explicó que él era partidario de ampliar las figuras ilícitas que pueden ser perseguidas penalmente. Ellas debieran considerar a los funcionarios extranjeros que estando domiciliado en Chile y que actúan en representación de multinacionales cometen este tipo de delitos. No parece justo que un funcionario público chileno sea condenado por esta conducta y que el funcionario público extranjero quede indemne a pesar de realizar la misma acción.

El Honorable Senador señor Espina pidió que el Ministerio Público aclare cuál es su opinión definitiva en esta materia. Explicó que no quiere que en el futuro se diga que por aprobar una norma como esta se está limitando la acción del Ministerio Público.

Destacó que lo que se está castigando es cualquier negocio o ventaja indebida. Insistió que es necesario precisar con claridad esta disposición.

El Honorable Senador señor Larraín hizo presente que es importante precisar este punto. Señaló que lo que ha entendido, a partir de lo que ha explicado previamente el profesor señor Matus, es que esta norma regula una situación que es más amplia que el texto aprobado en general. Esta indicación amplía y tipifica mejor los sobornos en que pueden incurrir los funcionarios públicos extranjeros

El profesor señor Matus reiteró que la indicación no tiene que ver con que si se trata de un negocio o ventaja indebida o el cumplimiento de una convención internacional. La pregunta que hay que hacer en este caso es la siguiente ¿cómo regula el Estado de Chile la actuación de un funcionario extranjero que, en el desempeño de su cargo como funcionario extranjero realiza transacciones locales, soborna a un funcionario público nacional? Se trata de sancionar un acto de soborno de

carácter local que se produce en Chile, por parte de un funcionario público extranjero.

Argumentó que esta última situación es la que trata de sancionar la indicación que ha presentado el Honorable Senador señor Horvath. Por eso es muy importante cambiar la frase “de cualquier negocio o ventaja indebida en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales” por “de cualquier ventaja indebida en el contexto de una relación económica internacional o de una actividad económica desempeñada en el extranjero”.

Seguidamente, **la asesora del Ministerio Público, señora Marta Herrera**, explicó que el Servicio no se ha manifestado en contra de esta propuesta. Agregó que lo que ha señalado es que el texto aprobado en general está más conforme con lo que dispone la convención de la OCDE. En todo caso, agregó, si se aprueba el texto de la indicación, la persecución penal va ser más amplia y que la Fiscalía no está en contra de ello.

Finalmente, **el señor Presidente de la Comisión** declaró cerrado el debate, y puso en votación la indicación número 3.

- La Comisión, por la unanimidad de sus integrantes, Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, aprobó esta indicación.

- - -

Artículo 2°

Seguidamente, la Comisión acordó, por la unanimidad de sus integrantes, Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, introducir dos enmiendas de forma al artículo segundo del proyecto que modifica los incisos primero y segundo del artículo 15 de la ley N° 20.393.

Para adoptar este acuerdo se tuvo en cuenta lo dispuesto por el inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado.

- - -

Finalmente, los miembros de la Comisión acordaron reiterar que el propósito de esta iniciativa es hacer más precisas las conductas tipificadas en la ley para los delitos de cohecho, y aumentar sus penas.

Asimismo, tuvieron en cuenta que las disposiciones penales modificadas en este proyecto podrían ser materia de juicios pendientes, por lo que cabe la posibilidad que algunos defensores utilicen este hecho como argumento para alegar una presunta destipificación de las conductas que se les imputan a sus clientes.

Sobre el particular, la unanimidad de los miembros de la Comisión observó que la situación anterior dista mucho del verdadero propósito de esta iniciativa y que en ningún caso se pretende establecer un tipo de impunidad en esta materia. Por esa razón, consideraron necesario adoptar una medida de resguardo, consistente en incorporar al proyecto una disposición que señale, en forma específica, que los hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley seguirán siendo juzgados por la legislación vigente a la fecha en que ellos tuvieron lugar.

Asimismo, se tuvo presente que el legislador ha adoptado un criterio similar a este cuando aprobó la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefaciente y sustancias sicotrópicas, y la ley N° 20.720 que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo.

El texto de esta disposición es el siguiente:

“Artículo Transitorio. Esta ley solo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. La tipificación y sanción establecida en forma previa a esta modificación legal en los artículos 248, 248 bis, 249, 250, y 251 bis del Código Penal y en los incisos primero y segundo del artículo 15 de la ley N° 20.393, continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley.

- La Comisión, por la unanimidad de sus integrantes, Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, aprobaron la norma transcrita precedentemente. Para adoptar este acuerdo tuvo en cuenta lo que dispone el inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado.

- - -

En conformidad a los acuerdos adoptados, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de proponer las siguientes modificaciones al proyecto de ley aprobado en general por el Honorable Senado.

Artículo 1º
Número 1)

Sustituir el guarismo “500” por la expresión “quinientas”. (Unanimidad 5 x 0. Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín) Inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado.

Número 2)

Artículo 248 bis
Inciso primero

Agregar a continuación de la expresión “inhabilitación absoluta” la expresión “perpetua”, y suprimir la palabra “perpetua” que está a continuación de la voz “públicos”. (Unanimidad 5 x 0. Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín) Inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado.

Inciso segundo

Sustituirlo por el siguiente:

“Con las mismas penas señaladas en el inciso anterior se sancionará al funcionario público que, con infracción a los deberes del cargo, ejerza influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado.”. (Unanimidad 5 x 0. Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín). Inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado.

Número 5)

Artículo 251

Sustituir la frase “de cualquier negocio o ventaja indebida en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales” por “de cualquier ventaja indebida en el contexto de una relación económica internacional o de una actividad económica desempeñada en el extranjero”. (Unanimidad 5 x 0. Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín).

Artículo 2º

Introducir las siguientes modificaciones:

1. Sustituir la frase: “en los artículos 250 inciso 2º” por “en el inciso segundo del artículo 250”.

2. Reemplazar la frase “ y al delito contemplado en el artículo 27” por “ en el artículo 27”. (Unanimidad 5 x 0. Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín) Inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado.

-.-.-

A continuación, agregar el siguiente artículo transitorio nuevo:

“Artículo Transitorio. Esta ley solo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. La tipificación y sanción establecida en forma previa a esta modificación legal en los artículos 248, 248 bis, 249, 250, y 251 bis del Código Penal y en los incisos primero y segundo del artículo 15 de la ley N° 20.393, continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley.”. (Unanimidad 5 x 0. Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín) Inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado.

TEXTO DEL PROYECTO:

En virtud de las modificaciones anteriores, el proyecto de ley queda como sigue:

PROYECTO DE LEY

Artículo 1º. Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal:

1) Reemplázase el artículo 248 por el siguiente:

“Artículo 248. El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio indebido, para sí o un tercero para ejecutar o por

haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cincuenta a **quinientas** unidades tributarias mensuales.”.

2) Sustitúyese el artículo 248 bis por el siguiente:

“Artículo 248 bis. El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio indebido, para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, y además, con la pena de **inhabilitación absoluta perpetua** para cargos u oficios públicos y multa del duplo al cuádruple del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales.

Con las mismas penas señaladas en el inciso anterior se sancionará al funcionario público que, con infracción a los deberes del cargo, ejerza influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado.”

3) Reemplázase el artículo 249 por el siguiente:

“Artículo 249. El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio indebido, para sí o para un tercero para cometer o por haber cometido alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio, inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, y multa del duplo al cuádruple del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales.

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

4) Sustitúyese el artículo 250 por el siguiente:

“Artículo 250. El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste 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 del artículo 248, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo.

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 su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo.

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 mayor en sus grados mínimos a medio. En estos casos, si al sobornante le correspondiere una pena superior por el crimen o simple delito de que se trate, se estará a esta última.”.

5) Reemplázase el artículo 251 bis por el siguiente:

“Artículo 251 bis. El que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio indebido, en provecho de éste 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 ventaja indebida en el contexto de una relación económica internacional o de una actividad económica desempeñada en el extranjero**, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a reclusión mayor en su grado mínimo y, además, con las de multa e inhabilitación establecidas en el artículo 248 bis. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. De igual forma será castigado el que ofreciere, prometiére o diere el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas, y el que consintiere en dar el referido beneficio.”.

6) Incorpórase un nuevo párrafo en el Título V del Libro II denominado “De los crímenes y simples delitos cometidos por

empleados públicos en el desempeño de sus cargos” bajo el numeral nuevo § 9 ter, denominado “Normas comunes a los párrafos anteriores.”

7) Agrégase el siguiente artículo 251 quáter, nuevo, a continuación el nuevo párrafo § 9 ter:

“Artículo 251 quáter. Los bienes recibidos, malversados o defraudados por el empleado público caerán siempre en comiso. Será aplicable, en este caso, lo dispuesto en el artículo 37 de la ley 19.913.”.

8) Agréganse, a continuación del artículo 287, los siguientes artículos nuevos:

“Artículo 287 bis. El que prometa, ofrezca o diere, en forma directa o indirecta, un beneficio indebido en su propio provecho o en el de un tercero, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función de dirección o supervisión en ella, a fin que actúe o se abstenga de actuar, con infracción a los deberes inherentes a sus funciones, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa del tanto al cuádruple del beneficio prometido, ofrecido o dado. Asimismo, la persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función de dirección o supervisión en ella, que solicite o consiente en recibir de cualquier persona, en forma directa o indirecta, un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en favor de un tercero, a fin que actúe o se abstenga de actuar, con infracción a los deberes inherente a sus funciones, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa del tanto al cuádruple del beneficio solicitado o consentido.”.

“Artículo 287 ter. El que, teniendo a su cargo el cuidado, la custodia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le causare un perjuicio, sea ejerciendo abusivamente las facultades para disponer por cuenta de este patrimonio, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario a los intereses del titular del patrimonio afectado, será castigado con presidio menor en su grado máximo, y multa del diez al cien por ciento del perjuicio causado.

Si el hecho recayere sobre el patrimonio de una persona en relación con la cual el sujeto fuere guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad, las penas se impondrán en su máximum.”.

Artículo 2º. Reemplázase los incisos primero y segundo del artículo 15 de la ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, por el siguiente:

“Artículo 15. Determinación legal de la pena aplicable al delito. A los delitos sancionados en el **inciso segundo del artículo 250** del Código Penal y en el artículo 8º de la ley N° 18.314, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior. A los delitos contemplados en los artículos 250 incisos 3º y 4º y 251 bis del Código Penal y **en el artículo 27** de la ley N° 19.913 le serán aplicables las penas de crímenes, según lo dispuesto en el artículo precedente.”

“Artículo Transitorio. Esta ley solo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. La tipificación y sanción establecida en forma previa a esta modificación legal en los artículos 248, 248 bis, 249, 250, y 251 bis del Código Penal y en los incisos primero y segundo del artículo 15 de la ley N° 20.393, continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley.”.

- - -

Acordado en sesiones celebradas los días 10 y 18 de enero, todas del año 2017, con la asistencia de los Honorables Senadores señores Pedro Araya Guerrero (Presidente), Alberto Espina Otero, Alfonso De Urresti Longton, Felipe Harboe Bascañán y Hernán Larraín Fernández.

Sala de la Comisión, a 24 de enero de 2017.

RODRIGO PINEDA GARFIAS
Secretario de la Comisión

RESUMEN EJECUTIVO

SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL EN LO RELATIVO A LOS DELITOS DE COHECHO Y SOBORNO, AUMENTANDO LAS PENAS, TIPIFICA DEL DELITO DE SOBORNO ENTRE PARTICULARES Y DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL; Y LA LEY N° 20.393, QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y DELITOS DE COHECHO QUE INDICA.

BOLETÍN N° 10.739-07

- I. OBJETIVO DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN:**
- II. ACUERDOS:** Indicación 1: rechazada (Unanimidad 5 x 0).
Indicación 2: rechazada (Unanimidad 5 x 0).
Indicación 3: aprobada (Unanimidad 5 x 0).
- III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN:**
Dos artículos permanentes y una disposición transitoria.
- IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL:** No hay
- V. URGENCIA:** No tiene.
- VI. ORIGEN E INICIATIVA:** Moción de los Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín.
- VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL:** Primero.
- VIII. APROBACIÓN POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS:** No hay.
- IX. INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO:** 8 de junio de 2016.
- X. TRÁMITE REGLAMENTARIO:** segundo.

XI. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

1. El Código Penal que, en sus artículos 248 a 251 ter, sancionan distintas figuras de cohecho y soborno.

2. La ley N° 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

3. La ley N° 20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los delitos de lavados de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho.

Valparaíso, 24 de enero de 2017.

RODRIGO PINEDA GARFIAS
Secretario de la Comisión

ANEXOS

MINUTA SR. JEAN PIERRE MATUS

Santiago, 10 de enero de 2016

H. Sr.
Pedro Araya G.
Presidente Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento
Senado de la República

Presente:

Se me ha solicitado informar, en la discusión particular del primer trámite constitucional, acerca del contenido del Proyecto de Ley iniciado por Moción de los Honorables Senadores Srs. Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, miembros titulares de esta Comisión, Boletín N° 10.739-07, cuyos objetivos son adecuar la penalidad de los delitos de corrupción a su gravedad; hacer coherente la regulación existente con los estándares internacionales, tipificar los delitos de soborno entre particulares y administración desleal; y adecuar la normativa relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas a estas modificaciones.

Al respecto me permito Informar a Ud. lo siguiente:

En su actual estado de tramitación, el Proyecto de Ley en cuestión debería entenderse aprobado en general y en particular, en su práctica totalidad, pues, según el documento que recoge las indicaciones recibidas, éstas son sólo tres, todas del H. Senador Horvath, y dicen relación únicamente con el aumento alcance típico del propuesto nuevo delito de cohecho pasivo propio (art. 248, indicación N° 1); el aumento de la nueva penalidad propuesta para el nuevo art. 248 bis (indicación N° 2); y el alcance típico de la nueva redacción del delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros (art. 251 bis, indicación N° 5).

Las indicaciones N° 2 y N° 5 parecen ser de fácil despacho.

Indicación N° 2

Corresponde a la facultad soberana de esta Corporación la valoración de la gravedad del hecho (cohecho pasivo propio agravado) y fijar el mínimo de la pena aplicable. Pero se ha de tener en cuenta para ello que, no existiendo una regla como la del nuevo art. 449 del Código Penal para esta clase de delitos, su determinación queda sujeto a las generales de los arts. 65 a 69 del Código del ramo, con la posibilidad de obtener rebajas significativas, aún en si se parte de la pena de reclusión mayor en su grado mínimo que resultaría de aprobarse la indicación. Habiendo acuerdo en la Sala de aumentar en general las penas a esta clase de delitos, la aceptación de la indicación propuesta parece ir en la

misma línea, atendido que estamos ante el caso verdaderamente grave de cohecho propio.

Indicación N° 5

En cuanto a la indicación N° 5, con ella se propone una adecuación a la redacción del texto aprobado del delito de soborno de empleados públicos extranjeros acorde con uno de los objetivos declarado de la Moción, esto es, la adecuación de nuestra legislación a los estándares internacionales, permitiendo clarificar el ámbito de aplicación de la norma que, de aprobarse, alcanzaría no sólo al cohecho de funcionarios públicos extranjeros en Chile, por sus intervenciones en el contexto de una relación económica que involucre a más de dos Estados o territorios estatales, sino en también cualquier actividad económica que desempeñe en el país, apuntando especialmente a los empleados públicos extranjeros que administran empresas locales con participación de empresas públicas extranjeras.

Indicación N° 1

La Indicación N° 1, en cambio, requiere una pequeña digresión por su importancia práctica, al ampliar, *implícitamente*, el sentido de la ley vigente a casos que, hasta el momento, no se han considerado punibles por la ley, como lo es el llamado *cohecho o soborno por la función*.

En efecto, a pesar de la importante transformación en la tipicidad objetiva de los delitos de cohecho de las últimas reformas legales, la legislación vigente ha mantenido la vinculación entre el beneficio que se solicita, ofrece, acepta, consiente, se recibe o da, con un acto u omisión concreto del empleado público, mediante el empleo de las preposiciones *para* o *por* realizar o haber realizado un acto propio o uno indebido del cargo.

Como según el Diccionario, la preposición *para* “denota el fin o término a que se encamina una acción”, mientras que la partícula prepositiva *por* denota, entre varios significados que no vienen al caso, “*causa*”, esto es, el “*motivo o razón para obrar*”; de las descripciones típicas vigentes resulta que ese fin, motivo o razón no es otro que *la comisión de un hecho determinado*, esto es, de un delito, un acto indebido, incurrir en una omisión de algo que debe hacerse o ejecutar un acto propio del cargo por el cual no corresponden derechos o corresponden derechos inferiores a los dados, ofrecidos o consentidos.

Es decir, aunque ya no exige que ese hecho determinado se cometa ni que el soborno efectivamente en entregue o reciba para que el delito se consume, como lo hacía la legislación con anterioridad a 1999, sí se sigue exigiendo como requisito para su configuración típica que la solicitud, oferta o aceptación de la dádiva o promesa se haga expresamente por o para la realización de ese hecho, con esa finalidad, causa o motivo.

Así lo ha entendido la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia desde antiguo, cuando han resuelto que no constituye delito de cohecho la subvención que el comercio acuerda espontáneamente a un

Prefecto de policía, en atención a su escaso sueldo, sin imponerle condición alguna que le produzca obligación de ejecutar u omitir un acto obligatorio propio de su cargo.¹ Y, tras la reforma de 1999, en un reciente fallo del año 2007, la Excm. Corte Suprema siguió afirmando lo mismo, cuando sostuvo en el denominado "*Caso Coimas*", donde se acreditaron pagos regulares a un ex Subsecretario de Transportes, que el tipo legal del artículo 248 bis del Código Penal vincula la solicitud o aceptación del soborno *con la realización de un acto propio o indebido del cargo*, lo que no concurre cuando el aporte de dinero entregado al funcionario es *destinado íntegramente al financiamiento de "la actividad política"*, hecho insuficiente para dar por establecido el delito de cohecho activo o soborno.²

Es por ello que parece acertada la pretensión implícita de la Indicación N° 1, de desvincular el cohecho propio de un acto determinado del empleado público, de manera que se castigue en primera línea el que se haga *por la función*.

Sería más claro, sin embargo, que esta modificación del ámbito de lo punible fuese *expresa*, siguiendo el modelo de las modificaciones realizadas al Código español en la materia. Ello significaría aprobar la indicación, pero modificada en el sentido de, en vez de suprimir la referencia a los actos determinados para o por los que se solicita o acepta el beneficio que se trate, agregar una expresión que indique que también se castiga el solicitar o aceptar dicho beneficio en razón de la función que se desempeña, quedando más o menos así:

"Indicación N° 1 (modificada): Para agregar, en el artículo 248, después de la frase *"para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalado derechos"*, la expresión *"o en consideración a su cargo o función"*³.

¹ SCA La Serena (1914), GT 1914, 180-431, en *Contra Segundo Marín y otros*, citado por ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, 2ª Ed., T. III, Santiago, 1987, p. 427.

² SCS, 10 de mayo de 2007, Rol N° 3.430 - 2005.

³ En el derecho penal español, el delito de cohecho es regulado en el Capítulo V del Título XIX del Código Penal de 1995, que se denomina "Del Cohecho", donde se contempla una pluralidad de tipos delictivos. De la lectura de sus disposiciones encontramos que hasta el año 2010 las únicas hipótesis punibles de cohecho activo o soborno requerían que las dádivas, favores o retribuciones que el funcionario público aceptare o recibiere, fueren en provecho propio o de un tercero, y estuvieren vinculadas con la actuación u omisión en la ejecución de delitos funcionarios, o de funciones ajenas o propias del cargo, sean estas anteriores o posteriores a la dádiva favor o retribuciones. Es decir, una regulación muy similar a la vigente en Chile desde el año 1999, de modo que, para configurar el delito de soborno o cohecho activo, las dádivas, favores o retribuciones deberían ofrecerse o hacerse para o por una conducta u omisión determinada (delito, omisión o acto impropio); de lo contrario, no era posible configurar el delito ((SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª Ed., Barcelona, 2011, p. 340, con referencias jurisprudenciales.). Esta situación cambió tras la reforma de fecha 22 de junio de 2010, con la promulgación de la LO 5/2010 que introdujo modificaciones a la regulación del delito de soborno, disponiendo ahora: "*Artículo 424: 1. El particular*

Sin embargo, a pesar de esta modificación propuesta que, de aplicarse en Chile, podría cubrir el caso antes citado de los pagos mensuales a un Prefecto de Policía por ser tal y que nuestra Jurisprudencia, con justa razón, entendió excluido de las figuras de cohecho, el legislador español tomó rápidamente nota de la insuficiencia de la misma para cubrir los casos de financiamiento irregular de la actividad política como un todo y de los partidos políticos, en particular, que hoy afectan también nuestra vida pública.

Y así, como se señala en el *Preámbulo* de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, “la reforma introduce un nuevo Título XIII bis con la rúbrica «De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos», integrado por los dos nuevos artículos 304 bis y 304 ter, que da respuesta penal a la necesidad de definir un tipo penal específico para estos actos delictivos, ya que en la vigente legislación española no existe un delito concreto que esté tipificado como delito de financiación ilegal de partidos políticos”, agregando: “*con esta modificación se castigará a aquellas personas que acepten y reciban donaciones ilegales o que participen en estructuras u organizaciones cuyo principal objeto sea el de financiar ilegalmente a un partido político*”.

En este nuevo párrafo y artículos, inexistentes en nuestra legislación, se dispone:

“De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos

Art. 304 bis. 1. Será castigado con una pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso cuando:

a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5.Uno, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido.

b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7.Dos de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros.

que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.” Según Muñoz Conde, con este cambio legal, “a diferencia de lo que sucedía en la regulación anterior a 2010, ahora se admite claramente la posibilidad de que el particular cometa cohecho también en el caso del cohecho impropio del funcionario; es decir, se castiga la conducta en consideración a su cargo” (MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 18ª Ed., Valencia, 2010, p. 1027).

3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores.

5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Art. 304 ter. 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones.

3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.”

Como señala Muñoz Conde respecto a estas nuevas figuras penales incorporadas en la legislación española recién en marzo de 2015, “hasta esta reforma la financiación ilegal como tal de los partidos no era en sí misma delito”, no obstante que “los gastos elevados que requieren las actividades de los partidos [...]; y sobre todo su capacidad para adoptar cuando llegan al poder decisiones de gran relevancia económica, como la adjudicación de contratos, la concesión de subvenciones, etc., han determinados que importantes grupos de presión, <<lobbies>>, hayan financiado, de forma encubierta e ilegal, sus gastos, inversiones en infraestructuras, campañas electorales, etc.”.⁴

En consecuencia, si se quiere avanzar todavía más en esta materia, sería necesario plantearse la necesidad de, junto con la aprobación de la Indicación Nº 1 del Senador Horvath, estudiar la posibilidad de incorporar una nueva indicación que permita, como se ha hecho recientemente en España, sancionar efectivamente los casos de financiamiento irregular de la actividad política.

Lo anterior nos lleva a preguntarnos si existe la posibilidad de otras reformas en esta materia, que podrían perfeccionar nuestra legislación. Y

Y a este respecto nos encontramos que ante esta Corporación se encuentra en discusión, para su aprobación en general, en segundo trámite constitucional, un Proyecto de Ley iniciado por mensaje Presidencial, Boletín Nº 10.155-07 que abarca las mismas materias que el aquí informado, desde puntos de vista a veces coincidentes y a veces no del todo, y además otros

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 20ª Ed., Valencia, 2016, p. 452.

aspectos de la regulación de los delitos de corrupción que, a mi juicio, requieren una consideración conjunta, consideración que debiera contemplar hacerse cargo del sentido de la indicación del H. Senador Horvath, esto es, del castigo del cohecho *por la función*, y también de la adecuada represión del financiamiento irregular de la actividad política, aspectos que tampoco se consideran en ese otro más extenso proyecto.

Pero como no es mi resorte esa decisión, mientras ella no se adopte, es todo cuanto podría informar respecto del proyecto que ahora se encuentra en discusión.

Sin otro particular, le saluda atentamente,

Jean Pierre Matus A.
Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Chile

c.c.: Archivo

SEGUNDA MINUTA SR. JEAN PIERRE MATUS

Santiago, 11 de enero de 2017

H. Sr.
Pedro Araya G.
Presidente Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento
Senado de la República

Presente:

De conformidad con lo discutido en la sesión de la Comisión del día de ayer martes 10, me permito hacer llegar a UD. y, por su intermedio, una síntesis de mis propuestas en la materia, que aclaran las dudas interpretativas surgidas en discusión, entendiendo que corresponde únicamente, en este trámite legislativo, emitir un pronunciamiento sobre las tres indicaciones presentadas por el H. Senador Horvath:

Indicación N° 1

Entendida como una indicación cuya propuesta de fondo es agregar al ámbito de lo punible el cohecho por la función o cargo (ej.: realizar pagos mensuales a un empleado público sin contraprestación precisa), propuesta respecto de la cual existió consenso general en la discusión, salvo aspectos puntuales de interpretación, sugiero **aprobarla con las siguientes modificaciones:**

- a) *Agregar, en el artículo 248, un nuevo inciso segundo, del siguiente tenor: “La misma pena se impondrá al empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio indebido para sí, para otro empleado o para un particular, en consideración a su cargo o función. No incurrirá en este delito el empleado que solicitare o aceptare recibir aportes voluntarios para el buen funcionamiento de la institución o servicio en que se desempeñe, ni el que acepte donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación, con ocasión del ejercicio de sus funciones, siempre que ellos consten en el registro público establecido al efecto por el artículo 8° de la Ley N° 20.730.*
- b) *Agregar, en el inciso segundo del artículo 250, antes del punto aparte, los siguiente; “. Las mismas penas señaladas en este inciso y en el anterior se impondrán al que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público, en consideración a su cargo o función, un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste, de otro empleado o de un particular. No incurrirá en este delito el que ofrezca o consienta realizar aportes voluntarios para el buen funcionamiento de una institución o servicio, ni el que ofrezca o*

entregue donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación, con ocasión del ejercicio de las funciones de un empleado público, siempre que ellos consten en el registro público establecido al efecto por el artículo 8º de la Ley Nº 20.730.”;

Indicación Nº 2

Se sugiere su rechazo, según consenso de los participantes en la sesión.

Indicación Nº 5

Se sugiere su aprobación, por ser una mejora técnica necesaria para comprender los casos más recurrentes de sobornos realizados por o en beneficio de empleados públicos extranjeros.

Sin otro particular, le saluda atentamente,

Jean Pierre Matus A.
Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Chile

c.c.: Archivo

MINUTA SEÑOR HÉCTOR HERNÁNDEZ

La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho Héctor Hernández Basualtoⁱ

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 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.

ⁱ Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho penal de la Universidad Diego Portales. Estas páginas tienen su origen en la contribución preparada por el autor a mediados de la década pasada para una publicación fallida, donde se pasaba revista a las deficiencias que se advertían en la disciplina de los delitos de corrupción en Chile. Han sido retomadas a propósito de los esfuerzos pre-legislativos en los que le ha correspondido intervenir desde el año 2013 y de una consulta legal reciente.

"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 materiaⁱⁱⁱ. 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 otros^{iv}. 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.

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

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

ⁱⁱⁱ 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.

^{iv} 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, 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2008, p. 328.

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 consuma 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 dar^v, 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 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 reprensión 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”

^v 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.

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”^{vi}.

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 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”^{vii}. 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 innecesariedad 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”^{viii}.

^{vi} Pacheco, Joaquín Francisco: El Código penal concordado y comentado, 4ª edición, Imprenta de Manuel Tello, Madrid 1870, T. II, p. 497, énfasis agregados.

^{vii} Mir Puig, Carlos: El delito de cohecho en la reforma del Código penal, Diario La Ley N° 7603, 4 de abril de 2011.

^{viii} 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.

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 original^{ix}, 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”^x.

Es decir, por clara decisión de la Comisión Redactora, decisión que la legislación posterior ha mantenido inalterada^{xi}, 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”^{xii}, 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 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”^{xiii}.

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

^{ix} 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.

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

^{xi} En efecto, ni la Ley N° 19.645 ni las demás leyes que han incidido en la regulación del cohecho (Leyes N° 19.829, 20.341, 20.730) innovaron al respecto.

construcción le hiciera al Ministro de Vivienda en ejercicio con motivo de su cumpleaños, el año 1995.

2. 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.

^{xii} Etcheberry, Alfredo: Derecho penal. Parte especial, 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, T. IV, p. 256, énfasis agregado.

^{xiii} Labatut, Gustavo: Derecho penal, T. II, 7° 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, 2° 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 cumple-años. 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).

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 cargo.^{xiv} 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, 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 imparcial^{xv}. 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*,

^{xiv} 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.

^{xv} 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.

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 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 recibió^{xvi}; 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 extraordinario^{xvii}, 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,

^{xvi} 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.

^{xvii} 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 del art. 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.

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 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.

3. La inequívoca tendencia del derecho comprado

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*)^{xviii} 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 acreditar dicha conexión^{xix}. El *Bundesrat* (la cámara representativa de los Estados federados) propuso incluso que el beneficio en cuestión simplemente estuviera “en relación con su cargo”^{xx}, 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. 322ter y 322quater del Código penal), tratándose de los arts. 322quinques y 322sexies, 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”^{xxi}. 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. 322ter y 322quater, sino también cuando no sea posible acreditarlo^{xxii}.

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 aceptado^{xxiii}, pero que

^{xviii} 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.

^{xix} 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.

^{xx} BT-Drucks. 13/3353, pp. 5, 11.

^{xxi} 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&text=1999+5497&lang=de](https://www.admin.ch/opc/search/?lang=de&language[]=de&product[]=fg&text=1999+5497&lang=de)

^{xxii} Stratenwerth, Günter / Wohlers, Wolfgang: *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*, 3ª edición, Stämpfli, Bern 2013, p. 628 (arts. 322quinques y 322sexies).

^{xxiii} 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.

terminó por consagrar, mediante la Ley de modificación 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 Suiza^{xxiv} y sus consecuencias son evidentes para la literatura especializada.^{xxv}

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”^{xxvi}. Junto con destacarse que las conductas previamente no abarcadas encierran el riesgo de funcionarios sometidos a la servidumbre (*asservimento*) de sus benefactores^{xxvii}, 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 típicos^{xxviii}.

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 entre nosotros, al menos sí pueden servir como indicio de la corrección de las razones tanto sustantivas como probatorias que se han

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

^{xxv} Fabrizy, Ernst Eugen: *Strafgesetzbuch und ausgewählte Nebengesetze. Kurzkommentar*, 11° edición, Manz, Wien 2013, § 306 marg. 2, § 307 b marg. 2.

^{xxvi} Sobre esto Dolcini, Emilio: *La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici*, *Diritto Penale Contemporaneo* 3/2013, 152 (158 ss.); y Gambardella, Marco: *Dall' atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"*, *Archivio Penale*, gennaio-aprile 2013, 15 ss.

^{xxvii} 26 Andreatza, 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.

^{xxviii} 27 Dolcini, *Diritto Penale Contemporaneo*, 3/2013, 152 (159).

esgrimido en el apartado anterior para justificar la necesidad de dicho cambio legislativo.

4. Perspectivas para Chile

Como ya se ha dicho, el derecho vigente en Chile se ha mantenido inalterado en este punto^{xxix}, pero en los últimos esfuerzos pre-legislativos 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 materia.^{xxx} 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, 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.

^{xxix} 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.

^{xxx} 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.

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.