

INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS PARA RECURRIR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL CHILENO*

[Legitimate interest and procedural interest in the Chilean environmental
justice system]

ANDRÉS BORDALI SALAMANCA**
Universidad Austral de Chile

RESUMEN

En el presente trabajo se aborda la figura del interés legítimo como posición jurídica legitimante clásica del contencioso administrativo de raíz continental. Se sostiene que esa figura existe en el derecho chileno, junto al derecho subjetivo, como posición jurídica de carácter sustancial de los administrados y está en la base del contencioso de reclamación ambiental. Requisito diferente es un

ABSTRACT

In this paper, I approach the concept of legitimate interest as the classic devise of continental law to determine the legal standing of the plaintiff in the access to the administrative justice system. It is maintained that this concept has been introduced in the Chilean legal system, joining the concept of subjective right, as a legal position of a substantial nature. Legitimate interest is, therefore, at

RECIBIDO el 18 de mayo de 2018 y APROBADO el 23 de agosto de 2018

* Este trabajo ha sido realizado en el marco y con el financiamiento del proyecto Fondecyt Regular N.º 1170242, del que el autor de este trabajo es su investigador responsable. Parte importante del trabajo ha sido realizado con las aportaciones y observaciones del profesor Juan Carlos Ferrada Bórquez, quien es co-investigador del proyecto Fondecyt Regular.

** Abogado, Doctor en Derecho, profesor titular de Derecho Procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Dirección postal: Casilla 567, Valdivia. Dirección electrónica: abordali@uach.cl.

interés procesal para recurrir.

PALABRAS CLAVE

Derecho Administrativo – Derecho Procesal – Contencioso administrativo – interés legítimo – medio ambiente – reclamación – interés procesal.

the base of environmental claims. It is argued that the legitimate interest is a requirement different from the procedural interest to bring a case before a Court of law.

KEYWORDS

Administrative Law – Procedural Law – Administrative justice – legitimate interest – environment – claim – procedural interest.

I. INTRODUCCIÓN

La justicia administrativa ha evolucionado en la mayoría de los países de tradición de derecho continental desde una justicia al acto administrativo a una justicia que tiene por finalidad dar amparo a los derechos e intereses de las personas. De un contencioso objetivo se ha pasado a un contencioso subjetivo.

Pero si se habla de una justicia de carácter subjetivo, se piensa en una que da tutela a los derechos subjetivos de las personas. Éstas tendrán que invocar un derecho subjetivo afectado para que puedan presentar una demanda contra la Administración. Solo quien invoca un derecho subjetivo podrá entenderse legitimado activamente en esa reclamación contra la Administración.

El problema es que no siempre los particulares tienen derechos subjetivos involucrados en conflictos contra la Administración. En muchos casos se trata de situaciones jurídicas subjetivas que no calzan con la figura del derecho subjetivo. Piénsese en el sujeto que no ha ganado un concurso público que fue adjudicado a otra persona que no cumplía con las bases para ganar ese concurso. O el caso del propietario que quiere construir un edificio de departamentos en un barrio residencial y la autoridad administrativa le niega ilegítimamente el permiso de edificación. O imagínese a un vecino que ve cómo un humedal o laguna cercana donde ese sujeto vive es contaminada y afectada por una empresa cercana.

En esos casos no siempre el sujeto podrá invocar un derecho subjetivo. No tiene un derecho a ganar el concurso público, ni un derecho a construir lo que quiera ni un derecho sobre la naturaleza. Pero sí puede aparecer interesado en todo ello. Y ese interés se acostumbra a identificarlo como interés legítimo.

¿Tiene sentido hablar de una posición jurídica subjetiva diferente al derecho subjetivo? ¿Existe algo más que un derecho subjetivo en cabeza de los particulares? Mi respuesta es que sí hay una figura además del derecho subjetivo y ella es el interés legítimo. En materia ambiental cobra especial importancia. Esa figura existe en ordenamientos jurídicos como el chileno y, además, es conveniente que siga existiendo. El análisis que desarrollaré tiene como aspecto central las regulaciones chilenas, pero tiene una proyección teórica y dogmática de interés general.

En las páginas que siguen abordaré la legitimación activa en el contencioso administrativo ambiental chileno (II). Luego, el estudio comprenderá un análisis del interés legítimo como posición jurídica subjetiva legitimante (III), para pasar después a distinguir unas figuras no siempre adecuadamente diferenciadas, como lo son el interés legítimo y el interés para recurrir (IV). Finalmente, terminaré este trabajo con algunas conclusiones (V).

II. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL

El artículo 18 de la Ley de Tribunales Ambientales chilena, Ley N.º 20.600 (en adelante, LTA), en los numerales 1 a 7, señala quienes están legitimados activamente para interponer las reclamaciones que permite dicha ley.

Si las personas están legitimadas activamente, ello quiere decir que podrán deducir su pretensión válidamente en términos de obligar al juez a tramitar el proceso legal y dictar la sentencia definitiva que se pronuncie sobre la referida pretensión. Dicho de otro modo, significa que quien demanda tiene una conexión jurídica con el objeto litigioso o, si se quiere, con los derechos o intereses sobre los que recaerá la tutela jurisdiccional.

El tema de la legitimación procesal ha sido escasamente tratado por la doctrina chilena, como ya lo hemos señalado en trabajos anteriores¹. Y la legislación en raras ocasiones la reconoce explícitamente. Una de las pocas leyes que la reconoce es la Ley N.º 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (art. 52 a).

La doctrina está dividida sobre cómo considerar la legitimación; si como cuestión procesal o material. He sostenido en otras ocasiones² que es más correcta aquella posición sustentada por un sector de la doctrina que la considera una cuestión procesal³. Sin embargo, esta tesis no es aceptada

¹ Vid. BORDALÍ, Andrés – HUNTER, Iván, *Contencioso administrativo ambiental* (Santiago de Chile, Librotecnia, 2017), pp. 142 ss.

² Ídem.

³ Vid. FAZZALARI, Elio, *Processo e giurisdizione*, en *Rivista di Diritto Processuale* 48 (1993, II serie), 1, p. 9; GOLDSCHMIDT, James, *Teoría general del proceso*

por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias chilenas, que ven a la legitimación como una cuestión de fondo⁴. Otros autores hablan en vez de legitimación, de la calidad en la acción para que esta última sea acogida⁵.

Tratándose de los procesos ante los tribunales ambientales, tanto el Segundo Tribunal Ambiental como la Corte Suprema consideran a la legitimación como una cuestión de fondo controlada en la sentencia definitiva⁶.

Para estar legitimado activamente, por regla general, se deberá afirmar que se es titular de un derecho subjetivo que necesita tutela jurisdiccional. O bien, que se es titular de un interés legítimo. Esta última categoría es de especial relevancia en el Derecho Administrativo. Son ellas, derecho subjetivo e interés legítimo, las clásicas posiciones jurídicas subjetivas legitimantes en la Justicia Administrativa.

III. EL INTERÉS LEGÍTIMO COMO POSICIÓN JURÍDICA LEGITIMANTE

Centrando el análisis en el contencioso administrativo ambiental chileno, hay que señalar que pueden acceder ante los Tribunales Ambientales e incoar el proceso respectivo aquellas personas que sean titulares de un derecho o interés afectado.

Excepcionalmente, se puede comparecer sin tener un derecho ni interés involucrado, es decir como actor popular, en el caso de que se considere que los actos administrativos que dictan los ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, emisión y planes de prevención o descontaminación, infrinjan la ley, las normas y los objetivos de los instrumentos señalados (18 N.º 6 LTA).

Salvo esta hipótesis de acción popular, en los otros casos habrá que invocar y demostrar la existencia de un derecho o interés afectado.

Qué tipo de interés deberá concurrir para que se acoja por parte del tribunal de justicia competente la pretensión del demandante es una cuestión que no es clara. Pareciera que se trata de un interés de carácter individual, más restrictivo del que se reconoce en la ley 19.880 sobre

(Barcelona, Labor, 1936), p. 18; MONTERO, Juan, *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe de él)* (Madrid, Civitas, 1994), p. 37.

⁴ ROMERO, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), I, pp. 93-94.

⁵ CASARINO, Mario, *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994), III, pp. 114-115.

⁶ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental de Santiago de 18 de julio de 2014, rol R-16-2013; Sentencia de la Corte Suprema de 22 de abril de 2015, rol 23.000-2014.

Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado en el artículo 21, que puede ser individual o colectivo.

En efecto, esta disposición señala: *“Interesados. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: 1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos; 2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que pueden resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; 3. Aquellos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”*.

Alejandro Romero ha señalado que al extender la ley N.º 19.880 la calidad de interesados a los que actúan instando por la protección de intereses, se estaría aceptando que no solo pueden reclamar los que detenten la titularidad subjetiva de un derecho, sino que también quienes actúan invocando un interés legítimo efectivo, sea éste de carácter individual o colectivo⁷. La ley que regula el procedimiento administrativo en todo caso se refiere a intereses, tanto individuales como colectivos, pero sin que califique a esos intereses como legítimos.

¿Pero es que la ley chilena expresamente habla de invocar derechos o intereses legítimos o de otro tipo para entenderse legitimado activamente?

En un plano jurisdiccional y no ante la Administración, hay que decir que la LTA en ninguna parte habla de invocar derechos o intereses, ni individuales ni colectivos. El artículo 18 LTA se refiere a las distintas hipótesis de legitimados activos, como aquéllos que reclaman porque se les causa un perjuicio; los directamente afectados; los que hubieren presentado sus reclamaciones de conformidad a la ley; el que hubiere solicitado la invalidación, entre otros casos. En ninguna parte se refiere a invocar derechos o intereses, ni individuales ni colectivos. Ni menos hace referencia a intereses legítimos.

Una de las pocas referencias a situaciones jurídicas subjetivas invocables ante los tribunales de justicia es la que hace el artículo 38 inciso 2º de la Constitución Política de la República (en adelante CPR), en la parte que establece que *“cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”*.

Podría entenderse de este modo que cuando la LTA en su artículo 18 hace alusión a las personas que han sufrido un daño o de los directamente afectados, ello sería una proyección en materia legal de la hipótesis consti-

⁷ Cfr. ROMERO, Alejandro, cit. (n. 4), p. 90.

tucionalmente prevista (art. 38 inciso 2° CPR), de legitimar activamente en el contencioso administrativo a las personas cuando la Administración hubiese violado sus derechos subjetivos. Que una persona sea afectada o perjudicada o que ha sufrido un daño, entre otras expresiones posibles, podría entenderse resumidamente como que se le afectó un derecho subjetivo.

Tenemos de este modo que ante la Administración los comparecientes tendrán que invocar derechos o intereses, individuales o colectivos (art. 21 ley N.° 19.880). Y ante los tribunales de justicia, los privados deberán invocar derechos. En ninguna parte se señala que se puedan invocar intereses ante los tribunales, sean ellos legítimos o de otro tipo. Por tanto, se puede poner en duda que la categoría de los intereses calificados como legítimos tenga cabida en el derecho chileno. Ya hemos visto que la Ley 19.880 no habla de intereses legítimos sino solo de intereses.

Cabe por tanto indagar si la categoría de los intereses legítimos tiene reconocimiento normativo, doctrinal y jurisprudencial en Chile. Si la respuesta fuese positiva, se deberá luego determinar en qué consisten.

1. *El interés legítimo en el derecho chileno*

Una primera aclaración sobre el estudio del interés legítimo. Su sede de estudio es la teoría general del derecho, que se ha ocupado también de definir qué es un derecho subjetivo. Más que un tema de la doctrina administrativa o procesal, se trataría de un tema de teoría general del derecho⁸.

Pero la figura del interés legítimo no ha ocupado los estudios de los teóricos del derecho. Ha sido la doctrina administrativista la que principalmente ha estudiado esta categoría. El interés legítimo es una categoría jurídica del derecho administrativo y, agregan algunos, tiene una sede geográfica de estudio muy acotada; es una construcción del todo italiana⁹.

Dicho lo anterior, y concordante con lo anteriormente expresado, la sede natural para intentar reconocer en el derecho chileno a los intereses legítimos, es la dogmática administrativa.

Lo peculiar de esta materia en el derecho chileno, como ya se ha señalado, es que no hay reconocimiento expreso a tales intereses en el derecho administrativo chileno. Sí tiene reconocimiento la figura del interés legítimo en otras normativas que no son de Derecho Administrativo. Así ocurre con el artículo 486 del Código del Trabajo y el artículo 1° de la Ley sobre Competencia Desleal. Y también ha sido utilizada esta categoría por la doctrina civilista.

⁸ Vid. NIGRO, Mario, *Giustizia amministrativa* (6ª edición, Bolonia, Il Mulino, 2002), p. 94.

⁹ Vid. TRAVI, Aldo, *Lezioni di giustizia amministrativa* (12ª edición, Turín, Giapichelli, 2016), p. 11.

En el campo civil un interés legítimo protegido jurisdiccionalmente se da a propósito de terceros que impugnan los efectos de ciertos actos jurídicos fraudulentos, como es el caso de la simulación de un contrato. Así, se ha resuelto que el acreedor valista tiene interés en que se declare la nulidad de un determinado acto que grava los bienes del deudor, ya que con ello puede obtener que un tercero pierda su privilegio pasando los bienes a engrosar el patrimonio en igualdad de condiciones¹⁰.

Tenemos de este modo que en las áreas del derecho del trabajo, derecho de la competencia y derecho civil chilenos, tanto legislativa como doctrinalmente, la figura del interés legítimo tiene reconocimiento. Sin embargo, en el Derecho Administrativo, que es el área natural para el desarrollo de esta categoría, no tiene reconocimiento legislativo.

De esta manera, es posible concluir que ni la legislación administrativa sustantiva ni procesal chilenas utilizan expresamente la categoría del interés legítimo.

Pero para un sector relevante de la doctrina administrativa chilena sí existe esta categoría. Uno de los primeros autores que vinculó la idea de la legitimación activa con el término de los intereses legítimos fue Eduardo Cordero. Señaló Cordero en su momento que quien alega la nulidad de un acto administrativo debe tener un interés en su eliminación del ordenamiento jurídico, interés que debe ser personal y directo, y además legítimo.

Si bien, explica Cordero, las leyes administrativas no se refieren expresamente a que los recurrentes deben invocar un interés legítimo, sino que se refieren a los “agraviados”, “interesados”, “quien tenga interés” o “el afectado”, entre otras expresiones, se converge “en la idea de interés legítimo, basado en un concepto amplio de lesión, en la medida que si prosperase la pretensión el titular obtendría siempre una utilidad (beneficio) o dejaría de sufrir un perjuicio efectivo de carácter material”¹¹.

Para Cordero este interés legítimo no es sino un tipo de derecho subjetivo, y como tal, lo hace entrar en el término derecho a que se refiere el artículo 38 inciso 2° CPR. Ese término derecho que utilizó el constituyente de 1980 debe ser entendido como “comprensivo de toda situación jurídica reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico”¹².

Jorge Bermúdez también ha dado una interpretación amplia del artículo 38 inciso 2° CPR, entendiendo que la expresión “derechos” que se usa ahí, no debe ser entendida en términos estrictos sino que debe ser entendida

¹⁰ Cfr. ROMERO, Alejandro, cit. (n. 4), pp. 90 y 91.

¹¹ CORDERO, Eduardo, *La legitimación activa en el proceso contencioso – administrativo*, en FERRADA, Juan Carlos (coord.), *La justicia administrativa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 407.

¹² *Ibid.*, p. 414.

como toda posición jurídica digna de ser amparada por una acción, como ocurre con los intereses. Así, por ejemplo, “en las acciones de impugnación de normas la exigencia de perjuicio debe ser entendida como un interés legítimo vulnerado por el decreto supremo...”¹³.

Bermúdez agrega que cuando la ley se refiere a que el sujeto sufre un perjuicio real, en ese caso hay que suponer que se afecta un derecho subjetivo del privado, mientras que cuando la ley habla del interesado o afectado, bastaría que exista un interés, que debe ser directo¹⁴.

Juan Carlos Ferrada también sostiene, con matices, que el derecho chileno reconocería la existencia de intereses legítimos. Al respecto, señala que la doctrina civilista ha dado reconocimiento al concepto de interés legítimo, que lo asocia con una idea de ventaja o beneficio. Sin embargo, señala, en el ámbito administrativo, el término interés legítimo no queda restringido a cuestiones patrimoniales, sino que se extiende a todo tipo de bienes de la vida¹⁵.

En este sentido, Ferrada critica la posición que ha asumido la Corte Suprema chilena, la que ha utilizado el término de interés legítimo, en la nulidad de derecho público, de un modo muy restrictivo, reconduciéndolo en realidad a un verdadero derecho subjetivo.

Arrancando de esta posición crítica de la jurisprudencia de la Corte Suprema, Ferrada no descarta la posibilidad de hacer una interpretación más amplia del vocablo “derecho” que utiliza el artículo 38 CPR. De asumirse una interpretación restrictiva del vocablo “derecho” en el referido precepto constitucional -señala-, ello podría limitar seriamente el ámbito de actuación de la justicia administrativa y la protección de los particulares, restringiendo de ese modo indebidamente las controversias entre los particulares y la Administración solo a controversias de carácter patrimonial¹⁶.

En definitiva, sin perjuicio de que las leyes administrativas chilenas no utilicen el vocablo “interés legítimo” como posición jurídica subjetiva que se encuentra en la base del sistema de legitimación activa, la doctrina más autorizada entiende que el sistema de legitimación activa en la justicia administrativa chilena, se basa en la afirmación como propios de un derecho subjetivo o bien de un interés legítimo.

¹³ BERMÚDEZ, Jorge, *La legitimación activa en el contencioso ambiental*, en FERRADA, Juan Carlos – BERMÚDEZ, Jorge – PINILLA, Francisco (coords.), *La nueva justicia ambiental* (Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2015), p. 165.

¹⁴ *Ibid.*, p. 169.

¹⁵ Cfr. FERRADA, Juan Carlos, *El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses en Revista de Derecho (Valdivia)* 25 (2012), 1, p. 122.

¹⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 123.

Esta posición pasa por darle un carácter más lato al término “derechos” del artículo 38 inciso 2° CPR, para ampliarlo a toda posición jurídica subjetiva necesitada de tutela jurisdiccional.

Esta tesis de ampliación del término derecho para comprender en él toda situación jurídica reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico ha sido utilizada por la Corte Suprema en varios fallos¹⁷.

En este sentido, con esta doctrina administrativa, se puede decir que desde el artículo 38 inciso 2° CPR, el sistema de justicia administrativa chileno se basa en un sistema subjetivista, que busca dar protección a los individuos frente a actos ilegítimos o inválidos de la Administración del Estado. Esto viene a decir que toda persona que sufre un daño o perjuicio o se lo prive de una ventaja, como consecuencia directa de un acto ilegítimo o inválido de la Administración del Estado, estará legitimado para presentar una reclamación contra esa Administración ante los tribunales de justicia que indique la ley. Y ese daño causado o privación de ventaja, podrán ser expresión de la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo afectado.

2. ¿Qué cosa es eso llamado interés legítimo?

El concepto de interés legítimo está muy ligado a la evolución del derecho administrativo continental, francés en un primer momento, pero sobre todo italiano. Es en Italia donde el término ha sido reconocido en la doctrina y jurisprudencia y, desde 1947, en la Constitución. También otras constituciones lo han incorporado, como la española de 1978.

El debate en Italia sobre si tiene sentido hablar de una posición jurídica subjetiva diversa al derecho subjetivo, en este caso, el interés legítimo, ha sido arduo. Y lo mismo ha ocurrido respecto a la determinación de su contenido. Y esa discusión se ha mantenido durante todo el siglo XX y continúa hasta el día de hoy en pleno siglo XXI.

Con base a esa discusión italiana intentaré reconstruir el sentido del término interés legítimo.

En el derecho italiano las controversias contra la Administración del Estado referidas a determinar la existencia de una obligación del ente estatal respecto a un ciudadano o bien, a condenar a esa Administración al pago de una suma de dinero, suponían un derecho subjetivo en cabeza del reclamante. Por el contrario, si la controversia suponía una pretensión

¹⁷ *Vid.* Sentencias de la Corte Suprema recaídas en los casos “Agrícola Forestal Reñihue Ltda. Con Cubillos Casanova, Juan Carlos y Fisco de Chile”, rol N° 3011-2006; “Sociedad Visal Ltda. Con Empresa Portuaria de Arica”, rol N° 1428 – 2007 y “Federación Aérea de Chile con Fisco de Chile”, rol N° 598-2010.

constitutiva de anulación del acto administrativo, como fundamento de ella debía haber un interés legítimo.

¿Por qué esta diferenciación? Algunos han señalado que en las leyes italianas de fines del siglo XIX que comienzan a diseñar el modelo de justicia administrativa de este país, se debe partir de una premisa muy elemental: si las leyes administrativas atribuían poderes a la Administración, entonces esa atribución excluía la atribución contemporánea de derechos en cabeza de los administrados. Por otro lado, si las leyes civiles y políticas atribuían derechos subjetivos a los ciudadanos, entonces la Administración carecía de poderes¹⁸. Se trata de una total incompatibilidad entre poderes administrativos y derechos subjetivos.

Obviamente, en este cuadro el ciudadano quedaba en muchos casos completamente desprotegido frente al poder de la Administración.

Las leyes de 1889 y 1890 crean un sistema dual de justicia. Si el ciudadano invocaba un derecho subjetivo respecto a la Administración, conocía el juez ordinario (civil) y si se invocaba un interés legítimo, conocía un juez especial administrativo. Digo juez especial porque ese aparecía inserto dentro de una estructura administrativa o al menos cercana a la Administración.

Scoca sostiene que este cuadro doblemente dual de jurisdicciones y de situaciones jurídicas subjetivas invocadas ante cada una de ellas, no fue deseada ni perseguida conscientemente¹⁹. En estricto rigor, ante ese juez especial administrativo el ciudadano no ostentaba siquiera una posición jurídica subjetiva, sino que se trataba de una justicia de carácter objetivo, donde el interés que tiene que invocar el ciudadano solo es un motivo u ocasión para que se realice un examen de los actos de la Administración.

Precisando un poco más la situación, hay que señalar que no es que el ciudadano en Italia a fines del siglo XIX careciera de toda tutela jurisdiccional. En sus relaciones contractuales con la Administración por supuesto que obtenía tutela por parte del juez ordinario. Así en los negocios entre Administración y ciudadanos referidos a la adquisición o arriendo de bienes, cualquier controversia entre ellos era competencia del juez ordinario.

El problema surgía respecto de aquellos actos unilaterales de la Administración, como concesiones, autorizaciones, órdenes y prohibiciones, que afectaban a los ciudadanos, es decir lo que algunos han llamado actos de imperio. Esos actos quedaban a fines del siglo XIX fuera del control judicial. Solo la Administración, a través del Consejo de Estado, podía

¹⁸ Vid. SCOCA, Franco Gaetano, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, en SCOCA, F. G. (ed.), *Giustizia amministrativa* (6ª edición, Turín, Giappichelli, 2014), pp. 7 ss.

¹⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 11.

revisar esa situación de los ciudadanos afectados. Se configura así, para algunos, un privilegio para la Administración donde los intereses privados de los ciudadanos aparecían subordinados al interés público gestionado por la Administración²⁰.

En esa idea de que los individuos no tenían derechos subjetivos frente a actos unilaterales de la Administración, sino solo un interés protegido refleja y ocasionalmente, en la medida que coincidía con el interés público, subyace a juicio de un sector de la doctrina una ideología que asignaba al interés del individuo una posición absolutamente subordinada a la Administración y sus intereses²¹.

Hay que agregar que la figura del interés legítimo surge en Italia en un contexto de evidente autoritarismo, entendiéndose por tal para estos efectos como una situación de ciertos privilegios para la Administración y una subordinación de los ciudadanos frente a los poderes públicos.

Sin embargo, uno podría entender que esta figura tan vinculada a sistemas políticos no liberales, como se ha dicho, sería dejada en el olvido en el cuadro constitucional creado luego de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, y por el contrario, la Constitución de 1947 es el primer texto normativo que de manera expresa se refiere al término interés legítimo, pues antes solo había tenido reconocimiento doctrinal y jurisprudencial²².

Una de las razones que se dan para que los constituyentes de 1947 mantuvieran la denominación del interés legítimo, pese a que la figura tenía una larga data de raigambre autoritaria, fue que había sido largamente utilizada por el Consejo de Estado italiano y este órgano gozaba entre los constituyentes de mucho prestigio. Además, el órgano había observado bastante independencia respecto del régimen fascista. De este modo, dichos constituyentes reconocieron la figura del interés legítimo y el sistema dual de jurisdicción antes existente²³.

Que el interés legítimo haya recibido expreso reconocimiento en la Constitución italiana de 1947 tiene algunas consecuencias. La primera ya se adelantaba. No puede asociarse necesariamente esta figura a regímenes autoritarios o sistemas donde los individuos no pueden acceder a la judicatura a defenderse frente a una Administración abusiva. Los individuos tienen derecho a obtener tutela jurisdiccional frente a la Administración, ya sea que se los afecte en sus derechos subjetivos o intereses legítimos

²⁰ Vid. PORRO, Angelo, *Le origini del sistema di giustizia amministrativa in Italia. Riflessioni e documenti* (Milán, Librerie Cuem, 1995), p. 18.

²¹ Vid. NIGRO, Mario, cit. (n. 8), p. 100.

²² Vid. RICCI, Gian Franco, *Principi di diritto processuale generale* (3ª edición, Turín, Giappichelli, 2001), p. 53.

²³ Vid. COCA, Franco Gaetano, cit. (n. 18), pp. 20-21.

Por otro lado, se dice que el reconocimiento del interés legítimo en la Constitución, hace descartar aquellas posiciones que ven a esta figura con un significado solo procesal.

Las concepciones meramente procesales del interés legítimo señalan que él comporta para el ciudadano un puro poder de reacción procesal para la tutela del interés lesionado por la autoridad administrativa. Antes del acto administrativo ilegítimo no hay nada en cabeza del ciudadano. Una vez que nace ese acto surge el interés legítimo para pedir la anulación del acto²⁴. El interés legítimo es un mero poder de reacción en los términos de una providencia ilegítima de la Administración²⁵.

De este modo, el reconocimiento constitucional en Italia (arts. 24 y 113) permitió afirmar la concepción sustancial del interés legítimo²⁶. La Constitución italiana reconoce junto al derecho subjetivo como posición jurídica sustancial, al interés legítimo²⁷. De esta manera, la doctrina italiana está conteste hoy en día en que el interés legítimo es una posición jurídica sustancial.

Y lo mismo ha sostenido un sector relevante de la doctrina administrativa chilena. El interés legítimo en Chile tiene una naturaleza sustancial y no procesal²⁸.

3. *Interés legítimo y derecho subjetivo*

Reconocida esa naturaleza sustancial, la doctrina ha discutido si el interés legítimo es una posición jurídica diferente o autónoma respecto al derecho subjetivo, o bien, si pueden entenderse bajo una misma figura.

Algunos sostienen entonces que las posiciones jurídicas subjetivas que pueden invocar los privados frente a la Administración del Estado son un derecho subjetivo o un interés legítimo. Otros señalan que solo se deben invocar derechos subjetivos, pues no hay nada más allá en cabeza de los administrados.

Luigi Ferrajoli es uno de los autores que le niega entidad propia a los intereses legítimos. Si la Administración tiene el deber, señala Ferrajoli, de recibir y valorar una demanda mía, por ejemplo de admisión a un concurso, yo tengo el derecho que esta demanda sea recibida y valorada.

²⁴ Vid. NIGRO, Mario. cit. (n. 8), P. 97.

²⁵ Vid. ZITO, Alberto, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, en SCOCA, Franco Gaetano (ed.), *Giustizia amministrativa* (6ª edición, Turín, Giappichelli, 2014), p. 80.

²⁶ Vid. SCOCA, Franco Gaetano, cit. (n. 18), p. 21; TRAVI, Aldo, cit. (n. 9), p. 72.

²⁷ ZITO, Alberto, cit. (n. 25), p. 80.

²⁸ CORDERO, Eduardo, cit. (n. 11), p. 407; FERRADA, Juan Carlos, cit. (n. 15), p. 122.

No tiene por tanto espacio la figura espúrea a su juicio de los “intereses legítimos”, a los cuales los derechos subjetivos serían degradados por obra de los actos administrativos. Esta categoría fue por lo demás construida en el siglo XIX por la doctrina y la jurisprudencia italianas precisamente porque ellas no estaban dispuestas a admitir la existencia de derechos de los ciudadanos frente al Estado. La separación entre derechos subjetivos e intereses legítimos y dos tipos diversos de jurisdicciones, son dos consecuencias insostenibles –sostiene el autor italiano–, una vez que se reconoce el nexo que siempre subsiste entre “obligaciones de” y “derechos a” prestaciones y entre “prohibiciones de” y “derechos a no” lesiones²⁹.

En otras ocasiones se ha señalado que entre un derecho subjetivo y un interés legítimo no hay diferencias ontológicas que justifiquen tratamientos diferenciados³⁰. Y vista la evolución de la jurisprudencia italiana, donde los intereses legítimos reciben una tutela reparadora íntegra, al menos desde el año 1999, se señala por algunos que se ha elevado al rango de derechos las situaciones tradicionalmente definidas como interés legítimo, que asegura a quien sea su titular la posibilidad de conseguir el bien de la vida poniendo en cabeza de la Administración un vínculo jurídico. Algunos proponen denominar a los derechos subjetivos e intereses legítimos que se invocan ante la Administración, como “derechos administrativos”, en espera de una definición más apropiada³¹.

Otros autores sostienen que no se observa diferencia alguna entre el derecho subjetivo y el interés legítimo. Y si desaparece la denominación interés legítimo no desaparece por ello el Derecho Administrativo. El término interés legítimo –se dice– es superfluo, no aporta nada, pues no cumple ninguna función práctica. Se ha convertido, se dice, en una metáfora del Derecho Administrativo con una importancia solo nominal³².

Algo similar ha intentado en Chile Eduardo Cordero, quien ha propuesto reunificar la posición jurídica del administrado en el concepto de lesión. Sostiene Cordero que “por esta vía se superan los problemas que conlleva la distinción entre derecho subjetivo e interés, por una parte, así

²⁹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1. *Teoria del diritto* (Roma, Laterza, 2007), p. 652.

³⁰ Vid. VERDE, Giovanni, *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa*, en *Diritto Processuale Amministrativo* 11 (1993), 4, p. 620.

³¹ Vid. IANNOTTA, Lucio, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, en *Diritto Processuale Amministrativo* 25 (2007), 4, p. 950.

³² Vid. MAZZAMUTO, Marco, *A cosa serve l'interesse legittimo?* en *Diritto Processuale Amministrativo* 30 (2012), p. 77.

como la determinación de la naturaleza jurídica de este último³³. El interés legítimo para este autor vendría a ser un tipo de derecho subjetivo³⁴.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina italiana sostiene que se trata de situaciones jurídicas diferentes. En el caso italiano la principal razón para sostener esto es de base normativa. La Constitución italiana en sus artículos 24 y 113 reconoce ambas figuras.

Los intentos de homologar ambas situaciones en el caso italiano, a una sola posición sustancial, viene a ser, se dice, un forzamiento al límite de la interpretación constitucional³⁵.

Pero el hecho de que el legislador, constitucional u ordinario, reconozca expresamente a la figura del interés legítimo junto al derecho subjetivo, como posiciones jurídicas legitimantes de los privados, no debe ser tenida como la única ni menos la principal razón para entender la validez de la figura.

La validez del interés legítimo debe buscarse en que hay ámbitos de la vida de las personas que pueden ser afectados por decisiones de la Administración del Estado y esos ámbitos no siempre caben en la figura del derecho subjetivo. El derecho subjetivo viene a ser un espacio de garantía para el ciudadano más estrecho que el interés legítimo.

En este sentido, el interés legítimo puede ser entendido como un ensanchamiento de las facultades del individuo respecto a su vida en sociedad y en sus relaciones con la Administración del Estado. Dicho de otro modo, el interés legítimo, sin perjuicio de que tiene sus orígenes en momentos y sistemas políticos de signo autoritario, con el tiempo se ha mostrado todo lo contrario, pues ha permitido a las personas ampliar sus espacios de libertad.

En esta idea de reconocerle todo su potencial al interés legítimo, como posición jurídica sustancial que convive junto al derecho subjetivo, a veces se lo vincula con una justicia administrativa de tipo subjetivista y también con un proceso de democratización de la Administración Pública³⁶.

De este modo, y desde una valoración positiva, sostendré que el interés legítimo es una categoría diferente al derecho subjetivo. Se trata de un interés referido a la esfera de libertad y bienestar de las personas y que amplía el espacio de tutela que tradicionalmente ha proporcionado el derecho subjetivo.

³³ CORDERO, Eduardo, cit. (n. 11), p. 404.

³⁴ *Ibid.*, p. 408.

³⁵ *Vid.* BENVENUTI, Luigi, *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero* (Turín, Giappichelli, 2011), p. 174.

³⁶ SPAMPINATO, Biagio, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo* (Milán, Giuffrè, 2004), p. 138.

El interés legítimo supone un modo de participación más activo de parte de los ciudadanos en las decisiones de la Administración Pública, aspecto que no siempre puede encajar en un derecho subjetivo.

En lo que sigue intentaré determinar las principales características del interés legítimo.

4. *Contenido del interés legítimo*

Hay varias cuestiones referidas al interés legítimo que se deben dilucidar. Una de ellas dice relación si el interés legítimo existe con prescindencia de un acto administrativo o no.

Tradicionalmente se ha entendido que el interés legítimo nace con el acto administrativo y que existe solo con el fin de pretender anular dicho acto. Antes del procedimiento administrativo el individuo tendría una simple expectativa, que con el procedimiento administrativo se transformaría en una situación jurídica sustancial. Piénsese, se dice, en un concurso público. Todos los que cumplen con los requisitos pueden postularse y aspirar al puesto (expectativa), pero solo uno o algunos podrán ser en definitiva los vencedores. Los perdedores o excluidos del concurso tendrán el poder de controlar si el procedimiento que no los favoreció es legítimo o no. Y ahí nace en cabeza de esos reclamantes un interés legítimo, para declarar nulo el concurso por existir un vicio que los perjudica. De una mera expectativa que no tiene reconocimiento jurídico, se pasa a una situación jurídica sustancial con ocasión del acto administrativo³⁷.

Esta posición que ve nacer al interés legítimo solo con el acto administrativo, no parece exacta. Y no lo es, porque supondría limitar severamente este espacio de los individuos referidos a bienes de la vida que tienen reconocimiento por el ordenamiento jurídico. Si el ordenamiento reconoce ese espacio de libertad de los individuos, se le está en algún sentido negando su naturaleza sustancial cada vez que lo condiciona a que se dicte un acto administrativo para que adquiera plena vida.

De este modo, para determinar si un individuo tiene un interés legítimo, no se debe atender al criterio que exista un acto administrativo, sino que se debe recurrir al sistema normativo y ver si ahí tiene cabida. Se tiene por tanto un interés legítimo cuando el ordenamiento jurídico confiere una particular relevancia jurídica a un interés material³⁸. Obviamente, está estrechamente vinculado a la acción administrativa.

Como posición jurídica sustancial, el interés legítimo nace al menos con el inicio del procedimiento administrativo que conduce al acto terminal.

³⁷ Vid. RICCI, Gian Franco, cit. (n. 22), p. 53.

³⁸ Vid. NIGRO, Mario, cit. (n. 8), p. 113.

Y quizás, como sostiene alguna doctrina³⁹, nace antes del procedimiento administrativo. La tesis que sostiene que el interés legítimo nace con independencia del acto administrativo, señala que se trata de un interés material consistente en un bien de la vida y como tal, no puede restringirse este bien de la vida con un interés a la legitimidad de la actividad administrativa⁴⁰.

La legitimidad de la actividad administrativa no es el bien de la vida que está en el seno del interés legítimo. Y no lo puede ser porque ese interés material en que consiste el interés legítimo tiene que referirse a un bien de la vida, como una situación de ventaja o un sustrato económico⁴¹.

Si se lo vincula con el ejercicio del poder administrativo, en ningún caso queda restringido a impugnar el acto administrativo terminal, sino que opera desde antes y después de la emanación del acto administrativo. El interés legítimo comporta el poder de provocar el ejercicio de la potestad administrativa, de participar en el procedimiento administrativo, de deducir recursos administrativos contra el acto administrativo, así como los recursos jurisdiccionales que contemple la ley⁴².

Assumiendo la tesis que interés legítimo y derecho subjetivo no son situaciones jurídicas homologables ¿cómo distinguir a un interés legítimo de un derecho subjetivo? La respuesta no es para nada fácil y la doctrina italiana ha ensayado varias respuestas, las que, se puede decir, no tienen unánime aceptación.

Aldo Travi, uno de los autores que últimamente más se ha extendido sobre el estudio del interés legítimo, esquematiza y analiza críticamente algunas respuestas a la pregunta recientemente formulada. De este modo, distingue entre la tesis de las normas de acción y de relación; la de la actividad vinculada a un interés público o a intereses privados; la que distingue entre mal ejercicio del poder y la carencia de poder y la de los intereses constitucionalmente tutelados, entre las principales⁴³.

Las normas de acción disciplinan el poder y el ejercicio del poder administrativo y las normas de relación regulan una relación intersubjetiva y sus efectos⁴⁴. Otras veces se dice que con las normas de acción se regula y tutela por vía directa el interés público, mientras que en las normas de relación se regula y tutela en vía principal el interés del particular⁴⁵. En las normas de acción puede observarse un interés legítimo del particular

³⁹ *Vid.* TRAVI, Aldo, cit. (n. 9), p. 72.

⁴⁰ *Vid. Ibid.*, p. 73.

⁴¹ *Vid. Ibid.*, p. 72; ZITO, Alberto, cit. (n. 25), p. 87.

⁴² *Vid.* NIGRO, Mario, cit. (n. 8), p. 102.

⁴³ *Cfr.* TRAVI, Aldo, cit. (n. 9), pp. 62 ss.

⁴⁴ *Vid. Ibid.*, p. 61.

⁴⁵ *Vid.* ZITO, Alberto, cit. (n. 25), p. 76.

mientras que en las normas de relación, un derecho subjetivo. Esta teoría ha sido muy criticada y la jurisprudencia no le da validez actualmente. En las normas de acción puede haber intereses legítimos o derechos subjetivos⁴⁶.

Otras veces se acostumbra a distinguir según cómo es la actividad de la Administración, si es una actividad vinculada o es discrecional. Frente a una actividad vinculada, el particular puede esgrimir derechos subjetivos, mientras que frente a una actividad discrecional de la Administración, el particular solo puede esgrimir intereses legítimos. Travi distingue en la actividad vinculada si se atribuye en el interés del ciudadano o en el interés de la Administración. En el primer caso aparecerían derechos subjetivos y en el segundo intereses legítimos⁴⁷. Tampoco cuenta esta tesis con el apoyo de la doctrina y la jurisprudencia⁴⁸.

En algún momento la Corte de Casación italiana⁴⁹ sostuvo la tesis que cuando se impugnaba un acto por mal ejercicio del poder, en la base de la reclamación había un interés legítimo, mientras que si se impugnaba por inexistencia de poder, el sujeto invocaba un derecho subjetivo. En el caso de mal ejercicio del poder, casos de incompetencia del órgano o exceso de poder, por ejemplo, mientras no sea anulado el acto, éste es válido y por tanto se está en presencia de un poder de la Administración y ahí aparecen intereses legítimos, no derechos subjetivos. Mientras que en el caso de actos donde no hay un poder ejercido, como los casos de incompetencia absoluta del órgano, el acto no es válido y como tal la Administración no ejerció ningún poder, por lo tanto el sujeto conserva los derechos subjetivos intactos. Entre otras críticas a esta teoría, se ha señalado que los casos de carencia de poder son bastante marginales, por lo que no da luces suficientes a la distinción entre ambas categorías⁵⁰.

Finalmente, a veces se habla de derechos constitucionalmente tutelados o derechos insuprimibles o perfectos. Son aquellas situaciones en que tanto la Constitución como la jurisprudencia les dan el máximo reconocimiento y tutela. Piénsese en los derechos de la personalidad, como el derecho a la integridad personal, derecho al nombre, el derecho a la salud o el derecho a la salubridad del ambiente. En estas situaciones solo puede hablarse de derechos subjetivos y no de intereses legítimos. En estos casos, la relevancia de la posición subjetiva implicará una especie de rigidez originaria que

⁴⁶ *Vid.* TRAVI, Aldo, cit. (n. 9), p. 62.

⁴⁷ *Cfr. Ibid.*

⁴⁸ *Cfr. Ibid.*

⁴⁹ Sentencia de la Casación, de fecha 4 de julio de 1949, N.º 1657.

⁵⁰ *Vid.* TRAVI, Aldo, cit. (n. 9), p. 63.

impide toda comprensión por parte de la Administración. Nunca habrá respecto de ellas intereses legítimos, sino que solo derechos subjetivos⁵¹.

Pero en algunos casos, derechos que tienen reconocimiento constitucional, ceden total o parcialmente respecto al poder de la Administración, como sucede con el derecho de propiedad y el derecho a la empresa. Por lo tanto, el estatus de una posición jurídica constitucionalmente tutelada tampoco permite distinguir adecuadamente entre intereses legítimos y derechos subjetivos.

¿Qué cosas claras se pueden decir del interés legítimo? Hoy en día hay consenso en la doctrina que se trata de una posición jurídica de carácter sustancial y no se trata de un mero poder de reacción procesal. Existe también cierto acuerdo para entender que se trata de una figura de igual relevancia que el derecho subjetivo. Ninguna es más que la otra⁵².

Por otra parte, parecen razonables los criterios mínimos que propone Travi para identificar al interés legítimo. Ellos son los de diferenciación y de cualificación. No se trata de un interés general o popular, sino que se trata de una posición subjetiva atribuida a uno o más sujetos concretos. Por ello se habla de diferenciación. Por otra parte, atendiendo al criterio de la cualificación, ese interés debe recibir un reconocimiento por el ordenamiento jurídico. No es un interés social o económico, sino que debe recibir un reconocimiento directo o indirecto por uno o más preceptos jurídicos⁵³.

Entre las distintas maneras de concebir al interés legítimo, se pueden destacar aquellas que lo conciben como una figura activa de uno o más sujetos, que se caracteriza por un conjunto de prerrogativas dirigidas a influir sobre la acción administrativa. Y en la base de esa figura activa, existe una posición jurídica sustancial referida a un bien de la vida⁵⁴.

A diferencia del derecho subjetivo, en el interés legítimo ese bien de la vida que está en su base no se realiza de manera autónoma por el titular del mismo, sino que se modela en relación al poder de la Administración del Estado⁵⁵.

Otra diferencia con el derecho subjetivo estriba que en el interés legítimo es una posición jurídica subjetiva activa que se pone de frente a otra situación también activa, que es la potestad administrativa. En cambio con el derecho subjetivo como posición jurídica subjetiva activa, frente a él

⁵¹ *Ibid.*, p. 65.

⁵² *Vid.* NIGRO, Mario, cit. (n. 8), p. 103.

⁵³ *Vid.* TRAVI, Aldo, cit. (n. 9), p. 67.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 72 ss.

⁵⁵ *Ibid.*

no puede haber otra posición activa, sino que derechamente obligaciones o deberes⁵⁶.

De acuerdo a los efectos que produce el actuar de la Administración sobre las posiciones jurídicas subjetivas modeladas como interés legítimo, la doctrina y jurisprudencia italianas suelen distinguir entre intereses legítimos *opositivos* y aquellos *pretensivos*. En el caso que el actuar administrativo imponga sacrificios o limitaciones al interés material del particular, se habla de intereses legítimos *opositivos*, puesto que el individuo buscará detener el actuar de la Administración. Si el actuar de la Administración trae una ventaja o beneficio para el individuo, el individuo querrá que se desarrollen al máximo esos poderes de la Administración y se habla, en ese caso, de un interés legítimo *pretensivo*⁵⁷.

Una definición dentro de las posibles del interés legítimo es la que propone Nigro, que lo identifica como una posición de ventaja reconocida a un sujeto por el ordenamiento jurídico, en relación a una utilidad objeto de poder administrativo y que consiste en la atribución al mismo sujeto de poderes dispuestos a influir sobre el correcto ejercicio del poder, de modo tal de hacer posible la pretensión referida a esa utilidad⁵⁸.

En otros casos se define al interés legítimo como la posición de ventaja concedida a un sujeto por el ordenamiento jurídico referido a un bien de la vida objeto de poder administrativo⁵⁹. Otros precisan que ese poder de la Administración solo es aquél discrecional⁶⁰, lo que es negado por otra doctrina, que señala que los derechos subjetivos también pueden ponerse de frente al poder discrecional de la Administración⁶¹.

Obviamente aquí se está hablando del interés legítimo que se observa en el campo del derecho público, que se lo vincula necesariamente a la actividad de la Administración del Estado. Pero también en el derecho privado se habla a veces de situaciones jurídicas subjetivas asimilables a la del interés legítimo⁶².

Veamos algunos casos de Derecho Administrativo donde podría observarse la presencia de intereses legítimos. El caso típico es el del proponente que participa en una licitación pública de la cual ha sido excluido al margen de las bases de licitación. El excluido no tiene una situación jurídica tal que

⁵⁶ Vid. ZITO, Alberto, cit. (n. 25), p. 82.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Vid. NIGRO, Mario, cit. (n. 8), p. 103.

⁵⁹ Vid. ZITO, Alberto, cit. (n. 25), p. 85.

⁶⁰ Vid. SPAMPINATO, Biagio, cit. (n. 36), p. 88.

⁶¹ Vid. MAZZAMUTO, Marco, cit. (n. 32), p. 66.

⁶² Vid. NIVARRA, Luca – RICCIUTO, Vincenzo – SCONAMIGLIO, Claudio, *Istituzioni di Diritto Privato* (Turín, Giappichelli, 2016), p. 60.

pueda exigir que se le adjudique la licitación. Eso sería propio de un derecho subjetivo y esa figura no es posible de configurarse en una operación administrativa en que hay distintos participantes privados. Pero sí tiene un interés a que si la adjudicación de la licitación se ha realizado de un modo ilegal o ilegítimo, pueda pedir desde ya la anulación de la adjudicación y que se realice nuevamente la adjudicación, esta vez de manera legítima, para sí volver a tener intacta la posibilidad o *chance* de adjudicársela.

Este ejemplo se aplica en condiciones muy similares para postular vía concurso público a un cargo en la Administración del Estado.

En el derecho urbanístico también pueden darse situaciones referidas a intereses legítimos. Quien pide a la autoridad un permiso para construir en un terreno de su propiedad, ostenta un interés legítimo a construir. Pero no tiene un derecho a construir que pueda exigirlo a la autoridad administrativa. Tiene en ese caso un interés legítimo, que se verá afectado si la autoridad administrativa lo deniega de un modo ilegal o ilegítimo.

En el *ius aedificandi*, se habría producido una especie de retroceso del individuo frente al poder administrativo. En un comienzo, dentro de las facultades del dominio, el propietario tenía un derecho subjetivo, absoluto, a construir en su propiedad. Con el tiempo, se lo pasó a considerar como un derecho más relativizado, pues aparece condicionado a una autorización administrativa. Y la jurisprudencia italiana actualmente lo concibe como un interés legítimo⁶³.

Y luego están las situaciones referidas a temas ambientales, donde también suele observarse la presencia de intereses legítimos. Y la doctrina italiana constata una posición muy laxa de la jurisprudencia en orden a entender que los particulares están legitimados para interponer reclamaciones en materia ambiental, no exigiéndose muchas veces una contigüidad geográfica entre el individuo y un ecosistema afectado. Por otra parte, esa misma jurisprudencia ha entendido que esas personas tienen un interés legítimo en la protección ambiental, aun cuando no pueda entenderse que esos individuos hayan sufrido algún daño subjetivizado⁶⁴.

En relación al punto anterior, hay que mencionar que existe una construcción doctrinal que permite distinguir entre derechos subjetivos e intereses legítimos ambientales, atendiendo al factor geográfico. Así, cuando se trata del ambiente inmediato o próximo de un sujeto, puede hablarse perfectamente de la vulneración de un derecho subjetivo del sujeto afectado, porque en esas condiciones se afecta al sujeto directamente en su

⁶³ Vid. NIGRO, Mario, cit. (n. 8), p. 107.

⁶⁴ Vid. LOMBARDI, Roberta, *Le azioni collettive*, en SCOCA, Franco Gaetano (ed.), *Giustizia Amministrativa* (6ª edición, Turín, Giappichelli, 2014), pp. 216-217.

relación con el medio ambiente y los bienes jurídicos de la vida, salud o calidad de vida. En cambio, un medio ambiente mediato o remoto puede ser entendido como aquél espacio que si bien no está al alcance de un disfrute directo para el sujeto, puede ser igualmente influyente y configurador del estado de propiedades del ambiente inmediato futuro para ese sujeto⁶⁵.

Así, la conservación de un bosque podría quedar comprendida dentro del objeto de un interés legítimo a vivir en un medio ambiente adecuado, mientras que la contaminación del aire que respira ese mismo sujeto en su casa, espacios públicos o lugar de trabajo, puede quedar comprendida dentro de la figura de un derecho subjetivo a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que consagran algunas normas, como la Constitución Política de Chile (art. 19 N° 8 CPR)⁶⁶.

Otro criterio que utilizan en Chile la doctrina⁶⁷ y jurisprudencia⁶⁸ para distinguir entre derechos subjetivos e intereses legítimos, pone atención a si el legislador utiliza los vocablos lesión o afectación. Si el reclamante afirma la lesión de una posición jurídica subjetiva, en ese caso debe invocar un derecho subjetivo. Pero cuando la ley hace referencia a que el demandante o reclamante debe afirmar que ha sido afectado, en ese caso basta con que invoque un interés, el que debe ser directo. Otros agregan que además de directo debe ser actual⁶⁹. Ese interés es el legítimo.

Con la afectación al sujeto por una decisión administrativa, en ese caso al sujeto le basta invocar un interés legítimo y no necesita afirmar la titularidad de un derecho subjetivo.

En definitiva, se puede concluir que el interés legítimo es una categoría que tiene aún vigencia. Es una categoría conceptualmente válida y una figura presente en el derecho administrativo italiano⁷⁰.

Dicho lo anterior, hay que reiterar que el interés legítimo tiene reconocimiento legislativo y en la doctrina y jurisprudencia chilenas. Tiene reconocimiento legislativo expreso en materias como el derecho laboral y libre competencia y, también, un amplio reconocimiento en la doctrina y jurisprudencia administrativas.

⁶⁵ Vid. PIÑAR, Manuel, *El derecho a disfrutar del medio ambiente en la jurisprudencia* (Granada, Comares, 1998), p. 22.

⁶⁶ Vid. BORDALÍ, Andrés, *Tutela jurisdiccional del medio ambiente* (Santiago de Chile, Fallos del Mes, 2004), p. 141.

⁶⁷ Vid. BERMÚDEZ, Jorge, cit. (n. 13), p. 169.

⁶⁸ Vid. Sentencias de la Corte Suprema rol N° 219993-2014; rol N° 21547 -2014.

⁶⁹ Vid. GUERRERO, Gonzalo, *Legitimación activa de la acción constitucional de nulidad* (Santiago de Chile, Librotecnia, 2010), p. 108

⁷⁰ Vid. COCA, Franco Gaetano, *Attualità del interesse legittimo*, en *Diritto Processuale Amministrativo* 29 (2011), 2, p. 417.

Con el interés legítimo se está frente a una posición jurídica subjetiva de carácter sustancial que se refiere a bienes de la vida que interesan a las personas. Es una figura que convive con el derecho subjetivo, teniendo ambas figuras igual peso ontológico si se permite expresarlo así. Ninguna más o menos que la otra.

Pero más que explicar en qué consiste el interés legítimo, cabe destacar su principal virtud. Y esa virtud es que ha permitido ampliar el acceso a las personas a la Administración y luego a la Justicia Administrativa, para que así puedan impugnar decisiones administrativas que los afectan y que no siempre pueden encasillarse en la figura más estrecha de un derecho subjetivo. Ello ha sido así en materia de concursos y licitaciones públicas, urbanismo y medio ambiente, entre otras materias.

IV. INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS PARA RECURRIR

Se acostumbra a señalar que entre los requisitos para poder demandar judicialmente, se debe tener un interés para accionar y estar legitimado activamente. Es decir, cabe distinguir entre tener un interés para demandar y estar legitimado activamente, que consistirá en afirmar ser titular de un derecho subjetivo o interés legítimo.

Se puede decir que el verdadero valor del interés para recurrir o el interés en accionar, demandar o reclamar, términos que consideraré a estos efectos como todos sinónimos, está en la exigencia de evitar que sean sometidas al juez controversias no efectivas, cuestiones abstractas o hipotéticas, donde se le pide al juez opiniones y no decisiones⁷¹; o bien donde se le pida al juez que falle una cuestión que no reviste ninguna utilidad concreta para el demandante.

El interés en accionar como condición para proponer la demanda ha sido comúnmente puesto en duda, sobre todo si se la considera como algo externo a la acción. Si la ley establece ciertas condiciones para ejercer la acción y éstas se cumplen, surge inmediatamente el interés en accionar. Si no hay interés no hay acción. Entonces exigir un interés en accionar podría parecer ser algo superfluo.

El interés al recurso consiste en la utilidad concreta, aunque sea solo de carácter moral, que la sentencia favorable puede otorgar a la situación jurídica subjetiva de la cual se afirma una lesión. Se trata de una exigencia que se aprecia necesaria para la tutela de situaciones jurídicas subjetivas y, se

⁷¹ DENTI, Vittorio, *La giustizia civile* (Bologna, Il Mulino, 1989), p. 122.

ha dicho, exalta el carácter subjetivo de la jurisdicción administrativa. Solo el sujeto que tiene un interés en el resultado del proceso puede demandar⁷².

El interés al recurso es un interés a una sentencia jurisdiccional favorable y concretamente útil. Y si se lo concibe así, se debe señalar que interés al recurso e interés legítimo son dos cosas bien diversas. El interés legítimo como posición jurídica sustancial del sujeto pertenece al patrimonio jurídico del sujeto mientras que el interés al recurso se refiere a la eficiencia del proceso judicial⁷³.

En resumen, se trata de un interés procesal en un caso (interés al recurso) y en el otro de un interés material (interés legítimo).

Ese interés al recurso debe ser personal, esto es debe pertenecer a la esfera jurídica del recurrente y no de un tercero. Debe ser además directo, en el sentido que el efecto lesivo deriva inmediatamente de la providencia impugnada. Debe ser además actual, esto es, la lesión ocasionada al sujeto debe existir desde el momento en que se interpone la demanda o reclamación y debe permanecer hasta la decisión sobre el mérito de la pretensión⁷⁴.

En el interés a recurrir todo gira en torno a la utilidad que puede tener la sentencia judicial para el reclamante.

Pero no se puede negar que las características de ambos intereses (interés a recurrir e interés legítimo) suelen solaparse y confundirse. Cuando se dice que el interés debe ser personal, ello puede ser atribuible como característica tanto del interés legítimo como del interés a recurrir. Y algo similar ocurre con la característica que debe ser directo. Si el interés legítimo se lo relaciona con el accionar de la Administración, se puede decir que el interés legítimo debe ser directo, pues la lesión del mismo debe derivar inmediatamente de la decisión impugnada o en aquellos juicios donde no se impugnan actos administrativos, del comportamiento objetado.

Por ello solo el requisito de la actualidad parece ser que puede ser predicado del interés al recurso, ya que solo él puede formar parte del juicio probabilístico futuro acerca de si la utilidad subsiste al momento de interponer la demanda y, también, al momento de dictarse sentencia definitiva.

Para aportar a la claridad, se debe señalar que para poder demandar, el sujeto debe estar legitimado activamente. Lo estará si invoca un derecho subjetivo o un interés legítimo como posiciones jurídicas sustanciales. Ese interés legítimo se caracteriza porque debe ser personal y directo. Cuando

⁷² Vid. FOLLIERI, Enrico, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, en SCOCA, F. G. (ed.), *Giustizia Amministrativa* (6^o edición, Turín, Giappichelli, 2014), p. 289.

⁷³ Vid. SPAMPINATO, Biagio, cit. (n. 36), p. 76.

⁷⁴ FIGUERA, Giovanni, *Appunti in tema di interesse e legittimazione al ricorso e brevi note sul ricorso principale e ricorso incidentale*, en *Diritto Procesuale Amministrativo* 26 (2008), 4, p. 1084.

ese interés legítimo recae sobre bienes colectivos como el medio ambiente, pasa a tener la calidad de colectivo, lo que implica que su uso y disfrute sigue siendo atribuible al sujeto, pero ya no es exclusivo ni excluyente del uso y disfrute por otros sujetos⁷⁵.

Pero el sujeto además deberá tener un interés para demandar o recurrir, que debe ser actual. Se trata de un interés procesal que tiene que ver con la eficacia del proceso. Como tal, tiene una vinculación directa con el principio de economía procesal. Si el acto que se impugnó no existe o se corrige al momento en que se presenta la demanda, durante el procedimiento o justo antes de dictarse sentencia definitiva, no es necesario tramitar el proceso o dictarse sentencia definitiva. Y en todo caso, si se llega a dictar sentencia definitiva, debe rechazarse la demanda. Ese proceso o esa sentencia ya no son útiles y, por tanto, no se justifica tramitar un proceso o dictar una sentencia que no tendrá efectos útiles.

V. CONCLUSIONES

La tutela jurisdiccional que debe recibir el particular cuando ha sido afectado por la Administración del Estado, debe reparar el daño injusto que se le ha causado o bien se le debe conceder la ventaja o utilidad de la que se le había injustamente privado.

Esa idea de daño causado o de ventaja o utilidad de que ha sido privado el sujeto injustamente, corresponde a la expresión “lesionada en sus derechos” de que habla el artículo 38 inciso 2º CPR.

Y esa idea de daño causado o de ventaja o utilidad de que ha sido privado el sujeto injustamente, también se corresponde con las expresiones que usa la Ley de Tribunales Ambientales en su artículo 18, como “causar perjuicio”, “directamente afectadas”, “lesionada en sus derechos”, etc.

En la base de ese daño causado o ventaja o utilidad privadas injustamente, puede haber la afectación de un derecho subjetivo, o bien, de un interés legítimo.

Lo anterior quiere decir que estará legitimado activamente para interponer una reclamación ambiental quien afirme ser titular de un derecho subjetivo o bien de un interés legítimo. Ambas posiciones jurídicas subjetivas deben ser atribuidas al sujeto que reclama, ya sea en una hipótesis de exclusividad y exclusión en su uso y disfrute (derecho o interés individual) o bien sin que el goce sea exclusivo ni excluyente para el sujeto (derecho o interés colectivo).

⁷⁵ *Vid.* BORDALÍ, Andrés, cit. (n. 66), pp. 81 ss.

En todos esos casos se trata de posiciones jurídicas subjetivas sustanciales referidas a distintos bienes de la vida que reconoce el ordenamiento jurídico.

Pero, además de ese derecho o interés legítimo que se encuentra en la base de la reclamación y en el requisito de la legitimación activa, debe existir una concreta utilidad en el proceso que se desarrollará y en la sentencia definitiva que se dictará a futuro. El proceso y la sentencia deben ser útiles para el actor. Por ello se dice que debe concurrir otra exigencia para el demandante; un interés no sustancial sino procesal; un interés el recurso o interés para accionar.

Por ello, cuando se dice que el interés debe ser actual, no se debe hacer referencia al interés legítimo sino al interés para recurrir, que tiene una naturaleza procesal y no material.

La concepción del interés legítimo esbozada en este trabajo es coherente con un sistema jurídico que pone a la persona como centro de todas sus regulaciones. Por tanto, una Administración puede actuar para la búsqueda y consecución de fines públicos legítimos, pero debe hacerlo respetando los derechos subjetivos e intereses legítimos de los privados. Y si no lo hace de ese modo, los sujetos afectados podrán reclamar ante la Justicia Administrativa para que ésta de amparo a sus derechos subjetivos o intereses legítimos afectados por la Administración.

BIBLIOGRAFÍA

- BENVENUTI, Luigi, *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero* (Turín, Giappichelli, 2011).
- BERMÚDEZ, Jorge, *La legitimación activa en el contencioso ambiental*, en FERRADA, Juan Carlos – BERMÚDEZ, Jorge – PINILLA, Francisco (coords.), *La nueva justicia ambiental* (Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2015).
- BORDALÍ, Andrés, *Tutela jurisdiccional del medio ambiente* (Santiago de Chile, Fallos del Mes, 2004).
- BORDALÍ, Andrés – HUNTER, Iván, *Contencioso administrativo ambiental* (Santiago de Chile, Librotecnia, 2017).
- CASARINO, Mario, *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994), III.
- CORDERO, Eduardo, *La legitimación activa en el proceso contencioso – administrativo*, en FERRADA, Juan Carlos (coord.), *La justicia administrativa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- DENTI, Vittorio, *La giustizia civile* (Bolonia, Il Mulino, 1989).
- FAZZALARI, Elio, *Processo e giurisdizione*, en *Rivista di Diritto Processuale* 48 (1993, II serie), 1.
- FERRADA, Juan Carlos, *El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses* en *Revista de Derecho (Valdivia)* 25 (2012), 1.

- FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto* (Roma, Laterza, 2007).
- FIGUERA, Giovanni, *Appunti in tema di interesse e legittimazione al ricorso e brevi note sul ricorso principale e ricorso incidentale* en *Diritto Processuale Amministrativo* 27 (2008), 4.
- FOLLIERI, Enrico, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, en SCOCA, F. G. (ed.), *Giustizia Amministrativa* (6° edición, Turín, Giappichelli, 2014).
- GOLDSCHMIDT, James, *Teoría general del proceso* (Barcelona, Labor, 1936).
- GUERRERO, Gonzalo, *Legitimación activa de la acción constitucional de nulidad* (Santiago de Chile, Librotecnia, 2010).
- IANNOTTA, Lucio, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, en *Diritto Processuale Amministrativo* (2007), 4.
- LOMBARDI, Roberta, *Le azioni collettive*, en SCOCA, Franco Gaetano (ed.), *Giustizia Amministrativa* (6° edición, Turín, Giappichelli, 2014).
- MAZZAMUTO, Marco, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, en *Diritto Processuale Amministrativo* 30 (2012).
- MONTERO, Juan, *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe de él)* (Madrid, Civitas, 1994).
- NIGRO, Mario, *Giustizia amministrativa* (6° edición, Bolonia, Il Mulino, 2002).
- NIVARRA, Luca – RICCIUTO, Vincenzo – SCONAMIGLIO, Claudio, *Istituzioni di Diritto Privato* (Turín, Giappichelli, 2016).
- PIÑAR, Manuel, *El derecho a disfrutar del medio ambiente en la jurisprudencia* (Granada, Comares, 1998).
- PORRO, Angelo, *Le origini del sistema di giustizia amministrativa in Italia. Riflessioni e documenti* (Milán, Librerie Cuem, 1995).
- RICCI, Gian Franco, *Principi di diritto processuale generale* (3° edición, Turín, Giappichelli, 2001).
- ROMERO, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), I.
- SCOCA, Franco Gaetano, *Attualità del interesse legittimo*, en *Diritto Processuale Amministrativo* 29 (2011), 2.
- SCOCA, Franco Gaetano, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, en SCOCA, F. G. (ed.), *Giustizia amministrativa* (6° edición, Turín, Giappichelli, 2014).
- SPAMPINATO, Biagio, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo* (Milán, Giuffrè, 2004).
- TRAVI, Aldo, *Lezioni di giustizia amministrativa*, décima segunda edición (Turín, Giappichelli, 2016).
- VERDE, Giovanni, *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa*, en *Diritto Processuale Amministrativo* (1993), 4.
- ZITO, Alberto, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, en SCOCA, Franco Gaetano (ed.), *Giustizia amministrativa* (6° edición, Turín, Giappichelli, 2014).

EL COHECHO COMO PROPUESTA O ACEPTACIÓN DE UNA DONACIÓN REMUNERATORIA*

[Bribery as proposal or acceptance of a remunerative donation]

JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO**
Universidad de Chile

RESUMEN

La dogmática del cohecho suele recurrir a la noción de un pacto ilícito, a cuya celebración se orientaría el comportamiento del funcionario, y que exhibiría la forma de un (pseudo-)contrato sinalagmático. Aquí se defenderá

ABSTRACT

The dogmatic of bribery usually resorted to the notion of an illicit agreement, whose conclusion would guide the behavior of the official, and that would exhibit the form of a (pseudo-) synalagmatic contract. Here, the superiority of

RECIBIDO el 18 de mayo de 2018 y APROBADO el 23 de agosto de 2018

* Sendas versiones preliminares del presente trabajo fueron presentadas en las *XII Jornadas Patagónicas de Derecho Penal*, organizadas por la Fiscalía Regional de Aysén y celebradas los días 22 y 23 de marzo de 2018, y en la sesión del *Coloquio de Derecho Penal Económico*, organizado por el Programa de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales, celebrada el 24 de abril de 2018. Agradezco a los participantes en ambos foros de discusión por las observaciones dirigidas a los argumentos aquí desarrollados. Puesto que la versión definitiva del texto principal quedó fijada el 13 de agosto de 2018, las modificaciones experimentadas por la regulación del cohecho y el soborno, plasmadas en la Ley 21.121, publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de noviembre del mismo año, no pudieron ser consideradas.

** Abogado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Bonn, Alemania. Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Chile. Correo electrónico: jjmanalich@derecho.uchile.cl.

la superioridad del modelo alternativo de la “donación remuneratoria”, sobre cuya base se esclarecerá la relación que debe darse entre el beneficio solicitado o aceptado y la ejecución u omisión de una acción conectada con el cargo, así como el grado de determinación con el cual debería quedar especificado tal “servicio funcional”.

PALABRAS CLAVE

Derecho Penal – cohecho – donación remuneratoria – función pública – corrupción.

the alternative model of “remunerative donation” will be defended, based on which the relationship between the requested or accepted benefit and the execution or omission of an action connected with the position, as well as the level of determination which should be specified such “official service”.

KEYWORDS

Criminal Law – bribery – remunerative donation – public function – corruption.

“Los preceptistas Luis de Granada y Bernard Lamy se acuerdan en aseverar que el origen de la metáfora fue la indigencia del idioma. La traslación de los vocablos se inventó por pobreza y se frecuentó por gusto, arbitra el primero. La lengua más abundante se manifiesta alguna vez infructuosa y necesita de metáforas, corrobora el segundo”.

Borges, “*Examen de metáforas*”.

I. LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL COHECHO BAJO LA METÁFORA CONTRACTUAL

El cohecho constituye el paradigma de un delito de corrupción¹. Esto nada dice, sin embargo, acerca del bien jurídico específicamente menoscabado por un comportamiento típicamente relevante a ese título. Pues el concepto de corrupción no designa la afectación de un bien jurídico determinado, sino más bien un determinado modo de ataque a algún bien jurídico, siendo la identificación de éste conceptualmente independiente de la mención de ese mismo modo de ataque². En estos términos,

¹ La especificación del concepto de corrupción que se ofrece en lo que sigue ha sido ya presentada en MAÑALICH, Juan Pablo, *La negociación incompatible como delito de corrupción*, en *Revista de Estudios de la Justicia* 23 (2015), pp. 94 ss. Véase también ARTAZA, Osvaldo, *La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en los delitos de cohecho*, en *Política Criminal* 11 (2016), 21, pp. 316 ss.

² KINDHÄUSER, Urs, *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán*, en *Política Criminal* 2 (2007), 3, p. 2. Para una recepción de este punto de vista en la discusión chilena, véase por ejemplo CARNEVALI, Raúl – ARTAZA, Osvaldo, *La naturaleza plu-*

por “corrupción” es posible entender una “vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido”³. Esto quiere decir que la existencia de una situación de corrupción presupone, en primer lugar, que una persona esté habilitada para ejercer algún poder de decisión en interés de otro(s); en segundo lugar, que el ejercicio de ese poder de decisión quede vinculado a la obtención de una ventaja indebida; y en tercer lugar, que el carácter indebido de esa ventaja se funde en la incompatibilidad entre la obtención de esa ventaja y la promoción del interés al que ha de servir el ejercicio del poder de decisión en cuestión⁴.

Aquí interesa un ámbito particular en el cual la posibilidad de corrupción, en cuanto “modo de ataque”, se presenta como especialmente amenazante, a saber: el ámbito en el cual el ejercicio del respectivo poder de decisión se corresponde con el desempeño de una función pública. Pues ello se traduce en que el ejercicio de ese poder de decisión ha de quedar legitimado por su contribución a la realización de una determinada finalidad pública, de manera tal que la vinculación de una ventaja inconexa con el ejercicio de ese poder de decisión tenga la potencialidad de comprometer la realización de esa misma finalidad. En tal medida, la corrupción en el desempeño de una función pública afecta el contenido nuclear del principio de probidad administrativa, consistente en la exigencia de que la respectiva función sea ejercida dando “*preeminencia [al] interés general sobre el interés particular*”, tal como lo establece el inc. 2º del art. 52 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado.

De las concreciones del principio de probidad que se encuentran especificadas en el art. 53 de la misma Ley 18.575, la exigencia de imparcialidad en el ejercicio de la función pública resulta distintivamente puesta en cuestión por toda instancia de corrupción en el sentido recién precisado. Desde este punto de vista, lo distintivo del cohecho en cuanto delito de corrupción consiste en que la ventaja indebidamente asociada al ejercicio de la función pública es solicitada de, u ofrecida por, alguna otra persona⁵, que en tal medida viene en consideración como potencial

riofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el Derecho Penal, en *Ius et Praxis* 22 (2016), 2, pp. 54 ss.

³ KINDHÄUSER, Urs, *Presupuestos...*, cit. (n. 2), p. 6.

⁴ En detalle KINDHÄUSER, Urs, *Presupuestos...*, cit. (n. 2), pp. 4 ss.; coincidentemente ARTAZA, Osvaldo, cit. (n. 1), pp. 316 ss. Para una concepción del todo próxima, anclada a la comprensión del cohecho como un “delito de deslealtad”, véase GREEN, Stuart, *Lying, Cheating, and Stealing* (Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2006), pp. 203 ss.

⁵ KINDHÄUSER, Urs, *Presupuestos...*, cit. (n. 2), pp. 7 ss. En general sobre la estructura típica del cohecho bajo el derecho penal chileno, véase OLIVER, Guillermo,

sobornador. Esto último suele ser esclarecido en términos de lo que cabe denominar la “metáfora contractual”, tomada como clave de reconstrucción dogmática de la estructura típica del cohecho. Ello haría posible dar cuenta de la estructura típica del cohecho a través de un recurso a la noción de un “contrato” –el cual obviamente adolecería de “objeto ilícito”– a cuya “celebración” se orientaría el comportamiento de las dos “partes” que vienen en consideración, a saber: la persona del funcionario público eventualmente sobornado, como posible “vendedor” de un servicio vinculado al desempeño de su función, y la persona del eventual sobornador, como posible “comprador”⁶. Y la “venta” en cuestión, en caso de llegar a “perfeccionarse”, habría de encontrarse referida a una “prestación” consistente en la ejecución o la omisión de un acto institucionalmente conectado con el ejercicio de la función pública desempeñada por el primero, frente a lo cual el beneficio a ser recibido (por el funcionario) de parte del eventual sobornador representa el correspondiente “precio”. Con ello, el contrato en cuestión aparecería proyectado como uno cuya naturaleza correspondería a la de una “venta de servicio”⁷.

Tal reconstrucción de la estructura típica del cohecho tiene su contexto más natural en la tradicional caracterización del cohecho como un delito de encuentro (“bilateral”)⁸. Sin embargo, la regulación legal actualmente

Aproximación al delito de cohecho, en *Revista de Estudios de la Justicia* 5 (2004), pp. 88 ss., 96 ss.

⁶ Para semejante aproximación, véase ya CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial* (Bogotá, Temis, 1961), V, pp. 94 ss., 101 ss.; también BINDING, Karl, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts* (Léipzig, Félix Meiner, 1905), II, pp. 712 ss. Más recientemente, y dando cuenta del estatus del concepto de cohecho como “forma del pensamiento jurídico”, GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Colectánea Criminal. Estampas de la parte especial del derecho penal* (Buenos Aires y Montevideo, BdF, 2017), pp. 163 ss., 166 ss. En el contexto de la discusión angloamericana, una caracterización del cohecho (*bribery*) como delito estructurado sobre la base de un acuerdo entre dos partes es ofrecida en GREEN, Stuart, cit. (n. 4), pp. 197 ss., 202 ss.

⁷ Como es obvio, la noción de venta así empleada no admite ser identificada con la acepción estricta que la expresión “venta” exhibe cuando se habla del contrato de compraventa, en cuanto contrato fundante, para el vendedor, de una obligación referida a una cosa corporal. Que el verbo “vender” conoce usos considerablemente más laxos lo muestra el hecho, aquí significativo, de que una de sus acepciones lexicográficas consista, justamente, en “dejarse sobornar”.

⁸ Véase sólo LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal* (7ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), II, p. 90. Que semejante caracterización no supone, empero, asumir que sobornado y sobornador serían co-intervinientes en un mismo delito, fue muy claramente advertido ya por BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen* (Tubinga, J.C.B. Mohr [Paul Siebeck], 1906), pp. 272 ss.

vigente vuelve implausible esta última caracterización, precisamente por la configuración autónoma del injusto típico del cohecho, por un lado, y del soborno, por otro. Esto concierne directamente a la determinación de sus respectivas condiciones de consumación, que todavía se encuentran recíprocamente configuradas. En referencia al beneficio constitutivo de la ventaja indebida, la “solicitud de recibir” por parte del funcionario se corresponde con el “consentimiento en dar” por parte del potencial sobornador, mientras la “aceptación de recibir” por parte del funcionario se corresponde con el “ofrecimiento en dar” por parte del potencial sobornador. Notablemente, en tal correlación de las dos modalidades que pueden asumir, respectivamente, el cohecho y el soborno, todavía parece exhibir alguna vigencia la apelación a la estructura de un delito de encuentro. Para comprobar esto basta con considerar los presupuestos de la modalidad de cohecho consistente en la “aceptación de recibir” por parte del funcionario: conceptualmente, el funcionario no puede aceptar recibir (algo) a menos que otra persona le haya ofrecido dar (algo). Y lo mismo sucede, *mutatis mutandis*, tratándose de la modalidad de soborno consistente en el “consentimiento en dar” por parte del potencial sobornador: conceptualmente, una persona no puede consentir en dar (algo) a menos que otra —aquí: el funcionario— haya solicitado recibir (algo).

Lo anterior no es casualidad. En uno y otro caso, se trata de modalidades típicas definidas por la circunstancia de que el autor del respectivo delito aparece, en términos de la metáfora contractual, ocupando la posición de aceptante frente a una oferta ajena. Y por definición, la posibilidad de aceptar una oferta presupone la existencia de esa oferta. Pero esto basta para advertir, *a contrario sensu*, por qué resultan problemáticas, desde el punto de vista de la tesis del delito de encuentro, las otras dos constelaciones, esto es, la de cohecho en la cual el funcionario solicita (recibir) y la de soborno en la cual la otra persona ofrece (dar). Pues aquí quien realiza la respectiva modalidad típica aparece ocupando, también en términos de la metáfora contractual, la posición de oferente. Y la posición de oferente, si bien presupone la existencia de un destinatario de la oferta, no depende de que este último efectivamente se convierta en aceptante. Así, es claro que el solo hecho de que un funcionario solicite a alguna persona que ésta le haga llegar una suma de dinero a cambio de la ejecución de un acto propio del cargo del primero bastará para que se configure un cohecho imputable al funcionario, sin que eso suponga que la otra persona en efecto llegue a consentir en efectuar ese traspaso de dinero. Y al revés, es claro también que el solo hecho de que alguna persona ofrezca hacer llegar una suma de dinero a un funcionario a cambio de la ejecución, por parte de éste, de un acto propio de su cargo, bastará para que aquella persona se convierta en

autora de soborno, sin que eso suponga que el funcionario en efecto haya llegado a aceptar recibir la suma que le fuera ofrecida.

Con ello, la tesis del delito de encuentro carece de rendimiento explicativo para dar cuenta del conjunto de las modalidades de cohecho y soborno tipificadas en los arts. 248 y siguientes del Código Penal chileno. Pero esto no quiere decir que, con ello, semejante concepción pierda toda relevancia interpretativa. Pues para entender en qué consiste, en cada caso, la respectiva forma de comportamiento con relevancia típica a título de cohecho o soborno, sigue siendo imprescindible tener en cuenta el carácter interdependiente de las posiciones del funcionario y del eventual sobornador: lo que uno u otro hace ha de ser juzgado en atención al significado de su comportamiento en referencia al acuerdo de voluntades que se pretende alcanzar con la otra persona, a pesar de que dicho acuerdo de voluntades no necesite llegar a producirse para los efectos de la consumación del hecho (individual) eventualmente imputable a uno u otro, según corresponda.

II. EL MODELO DE LA DONACIÓN REMUNERATORIA

Las disquisiciones precedentes no bastan para tener por demostrado el rendimiento de la metáfora contractual como clave interpretativa de los arts. 248 y siguientes del CP. A este respecto, el problema fundamental consiste en esclarecer la naturaleza de la conexión típica que ha de constituirse entre el beneficio que el funcionario ha de solicitar o aceptar, por un lado, y la realización, pretérita o futura, de un comportamiento consistente o bien en la ejecución de un acto “*propio de su cargo*” (en los términos del art. 248), o bien en la omisión de “*un acto debido propio de su cargo*” o la ejecución de “*un acto con infracción de los deberes del cargo*” (en los términos del art. 248 bis), o bien en la perpetración de un hecho punible tipificado bajo el párr. 4º del Título III o bajo el Título V del Libro II del CP (en los términos del art. 249), por otro⁹. Para simplificar el análisis, en lo que sigue se empleará la expresión “servicio funcional” para designar, genéricamente, cualquiera de las tres configuraciones que puede mostrar el comportamiento cuya realización sería potencialmente “vendida” por el funcionario.

En lo que aquí interesa, la metáfora contractual tiende a favorecer la representación de que entre el beneficio solicitado o aceptado y el servicio funcional tendría que darse una conexión sinalagmática. Esto encuentra

⁹ Véase al respecto HERNÁNDEZ, Héctor, *La inconveniente exigencia de un acto funcional determinado como contraprestación en el delito de cohecho*, en *Revista de Ciencias Penales* 43 (2016), 4, pp. 16 ss.

una formulación suficientemente precisa en la noción de “pacto ilícito” (*Unrechtsvereinbarung*), a través de la cual la doctrina y la jurisprudencia alemanas tematizan, en referencia a la estructura típica de los delitos de corrupción en el ejercicio de la función pública, la equivalencia conmutativa que, en el marco de la interacción entre las dos partes del potencial intercambio, habría de darse entre el servicio funcional, por un lado, y el beneficio solicitado o aceptado por el funcionario, por otro¹⁰. Esto último se ve decisivamente relativizado, sin embargo, mediante la precisión de que esa equivalencia tendría que ser entendida en el sentido de que el beneficio solicitado o aceptado por el funcionario tiene que representar el “contravalor” (*Gegenwert*) del servicio funcional en tal medida “vendido”, sin que, a la inversa, el servicio funcional deba ser entendido como el “contravalor” del beneficio solicitado o aceptado. Esto determina que la “relación de referencia” entre el servicio funcional y el beneficio correlativo resulte ser asimétrica: sólo el beneficio necesita venir en consideración como contraprestación por el servicio funcional de que se trate, sin que éste, por su parte, tenga que ser entendido como una contraprestación por el beneficio¹¹. Esto explica, por ejemplo, que –ya bajo el art. 248 del CP– no constituya cohecho el ofrecimiento, por parte del funcionario, de la ejecución de algún acto propio de su cargo que, “en reciprocidad” o por gratitud, un funcionario público pudiera hacer a alguna persona que, unilateralmente y sin conexión con la solicitud de la ejecución de semejante acto, le hubiera hecho llegar un obsequio (aun de alta significación pecuniaria). Pues en este último caso es claro que la previa realización del obsequio no podría ser entendida como el pago de un “precio” por la posterior realización, igualmente unilateral o gratuita, del servicio funcional.

En los términos de la metáfora contractual, lo anterior quiere decir que el beneficio solicitado o aceptado por el funcionario debe aparecer teniendo como causa, en el sentido de la correspondiente noción obligacional¹², la

¹⁰ Véase por todos KINDHÄUSER, Urs, *LPK-StGB* (4ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2010), § 331, n.m. 19, 82 ss.; KUHLEN, Lothar, 331, en KINDHÄUSER, Urs – NEUMANN, Ulfrid – PAEFFGEN, Hans-Jörg (coords.), *NK-StGB* (5ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2017), § 331, n.m. 17.

¹¹ KUHLEN, Lothar, cit. (n. 10), § 331, n.m. 93.

¹² Como observara CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979), V, pp. 304 ss., tal noción de causa debe ser definida en el sentido de una “causa final”, diferenciada de la correspondiente “causa eficiente”. Que, así entendida, tal noción de causa haya sido ajena al derecho privado romano, como lo intentara demostrar GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996), I, pp. 718 ss., no es algo que sea pertinente considerar aquí.

realización pretérita o futura del respectivo servicio funcional, sin que, al revés, el servicio funcional en cuestión, en caso de llegar a materializarse, hubiera de tener como causa, en el mismo sentido, la obtención del beneficio solicitado o aceptado. Pero si esto es correcto, de ello se sigue, entonces, que el recurso a la metáfora contractual necesita ser drásticamente revisado en pos de la reconstrucción dogmática de la tipificación de las diferentes variantes de cohecho (así como, correlativamente, de las correspondientes variantes de soborno).

La inadecuación del modelo del contrato bilateral, favorecido por el recurso tradicional a la metáfora contractual, queda de manifiesto, desde ya, si se repara en cuán implausible resulta caracterizar la posición del funcionario que incurre en cohecho al solicitar o aceptar un beneficio a cambio del correspondiente servicio funcional, respectivamente, como la posición de un oferente o un aceptante en el marco de la preparación de un contrato pretendidamente sinalagmático, esto es, bilateral. Pues esto es imposible de compatibilizar, desde ya, con el hecho de que, bajo la regulación legal vigente, resulten típicamente relevantes tanto el cohecho antecedente como el cohecho subsiguiente. La primera de las dos formas viene en consideración cuando el beneficio es solicitado o aceptado para la (posterior) realización del servicio funcional; la segunda forma, como contrapartida, cuando el beneficio se solicita o acepta por la (previa) realización del servicio funcional. Esto muestra que, *de lege lata*, el núcleo típico del cohecho se encuentra reducido a la solicitud o la aceptación, por parte del funcionario, de un beneficio de cierta índole, como contraprestación por la realización, pretérita o futura, del respectivo servicio funcional, sin que esto pueda redefinirse en el sentido de la formulación o la aceptación de una oferta, por parte del funcionario, referida a que éste realice el servicio funcional. Pues tratándose de un posible cohecho subsiguiente, el servicio funcional en cuestión es tenido por ya realizado cuando el funcionario solicita o acepta recibir el beneficio en la forma de la correspondiente “contraprestación”¹³. Este sería el caso, por

¹³ La precisión en cuanto a que el servicio en cuestión ha de ser presentado como ya prestado, sin que en efecto necesite haber sido prestado, para que se configure un eventual cohecho subsiguiente es importante desde el punto de vista de la pregunta de si, en caso de no haber sido efectivamente prestado, la solicitud o la aceptación del beneficio en cuestión, por parte del funcionario, pudiera exhibir relevancia típica también a título de estafa, en la medida en que el funcionario en efecto declare –explícita o concluyentemente– haberlo prestado. Bajo una concepción del engaño eventualmente constitutivo de estafa, que condiciona la satisfacción del correspondiente elemento del tipo a que la declaración cuya falsedad es generativa del error bajo el cual ha de tener lugar la disposición patrimonialmente perjudicial se encuentre referida a circunstancias, con relevancia para la disposición, en relación con las

ejemplo, si P, profesor de universidad estatal (y en tal medida funcionario público), solicitara o aceptara el ofrecimiento de una suma de dinero de parte del estudiante E, en virtud de haber ya evaluado el examen final de la correspondiente asignatura con una nota aprobatoria.

Sería un error asumir, ahora bien, que la inadecuación del modelo del contrato bilateral es privativa del ámbito del cohecho subsiguiente. Pues considérese ahora la siguiente variación del caso recién ofrecido: P solicita a E la suma de \$300.000 pesos como contraprestación por calificar formalmente su examen con la mejor nota de la escala, en circunstancias de que, de acuerdo con la pauta objetiva de corrección, el examen en efecto amerita esa nota.

Bajo el modelo del contrato bilateral, lo natural sería sostener que, en este último caso, P aparecería como el emisor de una oferta condicional, consistente en el anuncio de la ejecución, por su parte, de la acción consistente en calificar el examen de E con la nota que a éste corresponde, a cambio de que E le provea una determinada suma de dinero. Pero esto desconoce que no es en absoluto obvio que la propuesta dirigida por P a E deba ser caracterizada, en efecto, como una oferta condicional. Nótese, a este respecto, que esta última caracterización sólo resultaría unívoca si se asume que el acto de habla explícitamente realizado por P tendría el carácter de una “propuesta afectadora-de-preferencias”, que en cuanto tal exhiba, pragmáticamente, una estructura implícitamente bicondicional¹⁴. Esto quiere decir que el acto de habla realizado por P tendría que poder ser interpretado como el anuncio explícito de que P calificará el examen de E con la nota debida, en caso de que E le haga llegar la correspondiente suma de dinero, acompañado del anuncio implícito de que P no calificará el examen de E con la nota debida, en caso de que E no le haga llegar la suma de dinero en cuestión. Pero si ésta es la interpretación pertinente

cuales la potencial víctima pueda reclamar una específica “pretensión de verdad” oponible al potencial estafador –véase en este sentido KINDHÄUSER, Urs, 263, en KINDHÄUSER, Urs – NEUMANN, Ulfrid – PAEFFGEN, Hans-Jörg (coords.), *NK-StGB* (5ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2017), § 263, n.m. 63 ss.–, es claro que en los casos aquí relevantes habría que negar la configuración de un engaño típicamente relevante. Pues el potencial sobornador no puede, con arreglo a las valoraciones jurídicas plasmadas en la ilicitud del soborno (y correlativamente del cohecho), pretender recibir información veraz acerca de la ejecución u omisión de una acción conectada con el desempeño del cargo o la función, por parte del funcionario público, para así efectuar una disposición consistente en “retribuir” o “remunerar” al funcionario por el servicio así prestado.

¹⁴ Véase al respecto, y en detalle, MAÑALICH, Juan Pablo, *El chantaje como coacción. Una reconstrucción lógica de la distinción entre amenazas y ofertas condicionales*, en *DOXA* 41 (2018), en prensa.

del acto de habla efectuado por P, de ello se sigue que la correspondiente propuesta afectadora-de-preferencias no puede ser caracterizada como una oferta condicional, sino más bien como una amenaza condicional.

Esto último descansa en el hecho de que, en atención a la conjunción del anuncio condicional explícito y el anuncio condicional implícito, P aparece presentando a E la disyuntiva entre que P evalúe el examen de E con la nota debida y que P no lo evalúe con la nota debida. Y en la medida en que esa acción resulte jurídicamente requerida para P, esto es, en la medida en que, en cuanto profesor universitario, P esté obligado a calificar el examen de E con la nota que objetivamente le corresponde, entonces la presentación de esa disyuntiva se corresponde con la formulación de una amenaza que “respalda” la exigencia de la entrega de la respectiva suma de dinero que P dirige a E¹⁵.

Lo anterior muestra la inadecuación del modelo del contrato bilateral, que precisamente necesita asumir que la interacción “preparatoria” del correspondiente pacto ilícito tendría que conllevar la formulación de una oferta condicional, sea por parte del potencial autor de cohecho, sea por parte del potencial autor de soborno, según corresponda. Y esto se ve radicalmente desafiado por la constatación de que, en los casos en los cuales el comportamiento del primero puede ser identificado con la solicitud de algún beneficio “a cambio de” la ejecución futura de una acción que le está jurídicamente requerida en razón de su cargo, la propuesta implícitamente bicondicional formulada por el funcionario tiene el carácter de una amenaza condicional. Tal amenaza condicional podría resultar punible sin más bajo el art. 296 o el art. 297 del CP, según si el anuncio de la omisión de la acción requerida se corresponda o no con el anuncio de un mal constitutivo de delito (omisivo). Que ese mismo comportamiento del funcionario pueda resultar, no obstante ello, constitutivo de cohecho, en el sentido de la correspondiente sub-variante típica del art. 248 del CP¹⁶, sólo puede ser adecuadamente explicado si se abandona el compromiso teórico con el modelo del contrato sinalagmático.

La clave, a este respecto, aparece con la explicación de por qué, a pesar de que una interpretación del comportamiento de P como una propuesta bicondicional en el sentido ya precisado lleve a su caracterización como la formulación de una amenaza condicional, ese mismo comportamiento habría de ser entendido, desde el punto de vista de la tipificación del

¹⁵ Véase MAÑALICH, Juan Pablo, *El chantaje...*, cit. (n. 14).

¹⁶ Cabe hacer explícito que, en tal caso, habría que reconocer la existencia de un concurso ideal entre el cohecho y el correspondiente delito de amenaza condicional, en razón de la plena independencia del contenido de injusto que exhibe cada una de esas dos especies de hecho punible frente a la otra.

género delictivo del cohecho de funcionario público, como una instancia de realización de la específica variante típica del art. 248. Pues nótese que, bajo la interpretación de su acto de habla como una propuesta implícitamente bicondicional, P aparece presentando a E la disyuntiva de ejecutar o no ejecutar una acción cuya ejecución le es obligatoria. Y esto podría sustentar la hipótesis de que, de verse realizada alguna variante típica de cohecho por esa vía, la variante en cuestión habría de ser la establecida en el (inc. 1º del) art. 248 bis del CP, en razón de que, bajo esa misma interpretación de su comportamiento, P aparece anunciando la omisión de un acto debido propio de su cargo, a saber, la omisión de la acción consistente en calificar el examen de E con la nota que objetivamente le corresponde. Pero es claro que, desde el punto de vista de la *ratio* subyacente a la tipificación del cohecho –y, correlativamente, del soborno–, la propuesta que P dirige a E debe ser entendida como meramente referida a su ejecución de la acción consistente en calificar el examen de E con la nota debida, esto es, a (nada más que) la ejecución de un acto propio de su cargo. Pues es la ejecución de esa acción lo que, presumiblemente, satisface las preferencias de E, de manera tal que para E pueda ser racional “remunerar” a P por su ejecución.

Lo anterior hace reconocible que un modelo teórico adecuado para la reconstrucción de todas las variantes típicas de cohecho necesita poder dar cuenta de la relación “causalmente” asimétrica en que han de encontrarse el beneficio que el funcionario solicita o acepta recibir, por un lado, y el servicio funcional cuya eventual remuneración prospectiva o retrospectiva confiere relevancia típica a la solicitud o la aceptación de aquél, por otro. Un modelo capaz de satisfacer este requerimiento es el que aquí se presentará como el modelo de la donación remuneratoria. De acuerdo con éste, el comportamiento del funcionario, consistente en solicitar o aceptar recibir un determinado beneficio por su materialización futura o pretérita del respectivo servicio funcional, no necesita poder ser interpretado, *sub specie* cohecho, en el sentido de la formulación de una oferta condicional, sino sólo como la propuesta o la aceptación de una propuesta de celebrar, con el potencial sobornador, una donación remuneratoria. Como es obvio, el recurso a esta última noción no deja de ser metafórico. El punto es que se trata de una metáfora explicativamente más poderosa que aquella implicada en el recurso a la noción de contrato sinalagmático.

Para proveernos de una definición preliminar del concepto de donación remuneratoria, no parece haber una vía más promisoria que la de tener a la vista la definición plasmada en el art. 1433 del Código Civil, que reza: “*Se entenderán por donaciones remuneratorias las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los*

*que suelen pagarse*¹⁷. Como se mostrará en lo que sigue, la noción aquí (metafóricamente) relevante de donación remuneratoria puede perfilarse reteniendo algunos y modificando otros de los componentes de la definición legal recién reproducida.

El hecho de que una donación en todo caso tenga, en el sentido aquí relevante¹⁸, el estatus de un acto bilateral, se adecua al hecho de que el comportamiento eventualmente constitutivo de cohecho pueda ser entendido como consistente en la preparación de una convención (ilícita). Tratándose en general de una donación, lo distintivo de la convención en cuestión es que ella surta o bien un efecto real, o bien, un efecto obligacional, dependiendo de si de la donación en cuestión se predica la estructura de una operación real, o bien, de una operación obligacional¹⁹. Aquí basta con observar que ambos esquemas conceptuales son pertinentes, alternativamente, para la reconstrucción típica del cohecho en cuanto delito consistente en la propuesta o la aceptación de una donación remuneratoria. Bajo el esquema de la donación como operación real, el funcionario que solicita o acepta recibir un beneficio económico por su futura o pretérita realización del respectivo servicio funcional aparece proponiendo al, o aceptando del, potencial sobornador que éste le transfiera aquello en lo cual consiste el beneficio en cuestión; en este sentido, el comportamiento del funcionario se presenta –hablando metafóricamente– como la propuesta o la aceptación de un negocio real, consistente en la transferencia del objeto en tal medida donado, y que no resulta constitutivo de un (pseudo-) contrato. Bajo el esquema de la donación como operación generativa de una obligación, el funcionario aparece proponiendo al, o aceptando del,

¹⁷ Al respecto véase sólo GUZMÁN BRITO, Alejandro, *De las donaciones entre vivos. Conceptos y tipos* (Santiago, LexisNexis, 2005), pp. 237 ss.

¹⁸ Acerca de la ambigüedad sistemáticamente exhibida por el (uso jurídico del) término “donación”, véase por ejemplo GUZMÁN BRITO, Alejandro, *De las donaciones...*, cit. (n. 17), pp. 19 ss., quien observa que, en el contexto del Código Civil chileno, la expresión es usada a veces para designar el acto bilateral en el que consiste la donación, a veces para designar la oferta de celebrar una donación por parte del eventual donante, a veces para designar el objeto del acto bilateral en cuestión, y a veces para designar el “efecto donatorio” operado a través del respectivo acto bilateral.

¹⁹ Fundamental GUZMÁN BRITO, Alejandro, *De las donaciones...*, cit. (n. 17), pp. 97 ss., 101 ss., 107 ss., 115 ss., 125 ss., dando cuenta de cómo, bajo el Código Civil chileno, coexistirían ambas formas de donación, quedando la primera plasmada en la definición general establecida en su art. 1386, según la cual la donación sería “un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta”, en tanto que la segunda encontraría reconocimiento en algunas disposiciones heterogéneas, entre las cuales figuran los arts. 1402, 1417 y 2278.

potencial sobornador que éste se comprometa a proveerle el beneficio a título de remuneración; en este sentido, el comportamiento del funcionario se presenta—hablando asimismo metafóricamente— como la propuesta o la aceptación de celebrar, con el potencial sobornador, un (pseud-)contrato unilateral, que en tal medida sólo generaría una obligación para el segundo en cuanto donante.

Bajo cualquiera de los dos esquemas conceptuales recién contrastados se logra explicar adecuadamente el hecho de que, en los términos del acuerdo ilícito a cuya eventual celebración se orienta el comportamiento constitutivo de cohecho, sea sólo el beneficio solicitado o aceptado por el funcionario lo que debe tener como “causa” la realización pretérita o futura del respectivo servicio funcional, sin que, al revés, ésta hubiera de tener como “causa” el beneficio en cuestión. La clave para ello está en la caracterización de la donación a cuya celebración se orienta el comportamiento del funcionario como una de naturaleza remuneratoria, esto es, como una donación desprovista del carácter de una (pura) liberalidad. Pues en estos términos, el beneficio que el funcionario solicita o acepta recibir puede ser entendido, sin distorsión alguna, como una remuneración solicitada o aceptada por la realización futura o pretérita del respectivo servicio funcional, siendo éste un servicio cuya realización “no [da] acción contra la persona servida”²⁰, esto es, que no obliga al potencial sobornador a efectuar la remuneración en cuestión, que precisamente por ello tendrá, en caso de tener lugar, el estatus de una donación.

En comparación con el modelo del contrato sinalagmático, el modelo de la donación remuneratoria logra explicar ópticamente, además, el dato regulativo consistente en la estructuración dualista de las variantes de cohecho tipificada en los arts. 248 y 248 bis del CP, en el sentido de que bajo una y otra disposición resultan subsumibles no sólo las correspondientes modalidades de cohecho antecedente sino también las de cohecho subsiguiente. Pues la noción misma de remuneración es compatible con que el funcionario proponga o solicite ser remunerado por vía de la correspondiente donación ya con anterioridad, ya con posterioridad, a la materialización del correspondiente servicio funcional por su parte.

No está de más constatar aquí que tal estructuración dualista de la respectiva tipificación se quiebra bajo el art. 249, que tipifica aquella variante de cohecho tratándose de la cual el servicio funcional ha de consistir en la perpetración de un hecho punible tipificado o bien en el párr. 4º del

²⁰ Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *De las donaciones...*, cit. (n. 17), p. 237, dando cuenta de cómo la referida cláusula del art. 1738 del Código Civil admite ser generalizada como indicativa de un aspecto definitorio de toda donación remuneratoria.

Título III o bien en el Título V del Libro II del CP. El quiebre se produce porque, a diferencia de lo que prevén los dos artículos inmediatamente precedentes, el art. 249 sólo tematiza la solicitud o la aceptación de un beneficio como remuneración por la perpetración futura de un hecho punible de alguna de las especies ya indicadas. Baste aquí con apuntar que ello no da lugar a vacío de punibilidad alguno²¹, en la medida en que a la solicitud o la aceptación de un beneficio por la previa perpetración de un hecho punible de alguna de esas mismas especies subyacerá, según si el delito en cuestión tiene carácter comisivo u omisivo, la solicitud o la aceptación de un beneficio, o bien, por la previa omisión de “*un acto debido propio de su cargo*”²², o bien, por la previa ejecución de “*un acto con infracción de los deberes de cargo*”, en los términos del art. 248 bis²³.

Según ya se anticipara, para ofrecer una reconstrucción de la estructura típica de las diferentes variantes de cohecho punible sobre la base del modelo de la donación remuneratoria es necesario introducir algunas modificaciones a la definición plasmada en el art. 1433 del CC. Estas modificaciones son dos. La primera de ellas afecta a la cláusula según la cual una donación remuneratoria es una que se hace por servicios específicos, “*siempre que éstos sean de los que suelen pagarse*”. Que esta exigencia resulta impertinente en la reconstrucción de la estructura típica del cohecho se sigue del hecho obvio de que, bajo el régimen jurídico que lo vincula en el desempeño de su cargo o función, el servicio funcional por el cual el funcionario solicita o acepta ser “remunerado” es uno que no debería dar lugar a semejante remuneración. Pues precisamente en esto descansa la relevancia delictiva de la solicitud o la aceptación del beneficio en cuestión. En tal medida, la cláusula sociológicamente orientada del art. 1433, que hace depender la atribución de carácter remuneratorio al respectivo donativo de la existencia de una práctica consuetudinaria, tiene que ser aquí substituida por la consideración normativa de que la donación propuesta o aceptada como remuneración por la realización pretérita o

²¹ Así empero OLIVER, Guillermo, *Aproximación...*, cit. (n. 5), p. 105.

²² Véase ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte Especial* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), IV, p. 255.

²³ Véase en este sentido, aunque algo dubitativamente, RODRÍGUEZ, Luis – OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), pp. 344 ss. El punto no admite discusión una vez que se advierte –como previamente ellos lo hacen (RODRÍGUEZ, Luis – OSSANDÓN, María Magdalena, cit. (n. 23), pp. 340 ss.)– que, tratándose de la solicitud o la aceptación de un beneficio para la perpetración de un hecho punible de alguna de las especies relevantes, necesariamente se daría un concurso aparente entre la variante del art. 248 bis y la del art. 249, lo cual implica asumir que, por definición, la perpetración de tal hecho punible conlleva una “infracción de deberes del cargo”.

futura del correspondiente servicio funcional resulta delictiva incluso cuando éste sea de “los que suelen pagarse”²⁴.

La segunda modificación, igualmente determinante, concierne a la exigencia de que la donación en cuestión sea “*expresamente [hecha] en remuneración*” del respectivo servicio, pues esto no se adecua al hecho de que la solicitud o la aceptación del beneficio, por parte del funcionario, pueda exhibir –y desde un punto de vista criminológico: no infrecuentemente exhiba– el carácter de una acción concluyente. Esto quiere decir, más precisamente, que la solicitud o aceptación del beneficio como remuneración por el servicio funcional puede, pero no necesita, ser explícita, pudiendo tener lugar, asimismo, a través de actos, verbales o no, que la hagan reconocible para su respectivo destinatario²⁵, en atención a las circunstancias particulares que conforman el contexto de la correspondiente interacción. Lo determinante tendría que ser, en tal medida, que el funcionario se muestre “venal”, en referencia al servicio funcional de que se trate, a través de la manifestación –verbal o no– de la correspondiente solicitud o aceptación del beneficio²⁶.

Introducidas estas dos precisiones, el modelo de la donación remuneratoria resulta enteramente adecuado para ofrecer claves de solución dogmáticamente bien fundamentadas para varios de los problemas más intrincados que se suscitan a propósito de la reconstrucción de las variantes típicas de cohecho previstas por la regulación vigente. A ello se dedicarán las secciones siguientes del presente trabajo. Para cerrar la presente sección, no estaría de más hacer explícito que la sustitución del modelo del contrato bilateral por el modelo de la donación remuneratoria conlleva, en atención a la naturaleza jurídica que exhibe una donación, una redefinición de la metáfora contractual como una metáfora (sólo) “convencional”.

III. LA CONEXIÓN ENTRE EL SERVICIO FUNCIONARIAL Y EL ÁMBITO COMPETENCIAL DEL FUNCIONARIO

Ya se ha hecho una referencia preliminar a la diferente manera en que los arts. 248, 248 bis y 249 del CP especifican en qué ha de consistir el servicio funcional por o para cuya realización el funcionario solicita o acepta el beneficio correspondiente a modo de “remuneración”. Ahora es

²⁴ Pues lo contrario llevaría a convertir la eventual generalización de las correspondientes muestras de corrupción en una causa de atipicidad *sub specie* cohecho (y soborno).

²⁵ KUHLEN, Lothar, cit. (n. 10), § 331, n.m. 20, 24.

²⁶ Véase KUHLEN, Lothar, cit. (n.10), § 331, n.m. 22.

necesario indagar con mayor precisión en el alcance de las formulaciones plasmadas en los arts. 248 y 248 bis.

Si bien es usual que la variante de cohecho tipificada en el art. 248 sea denominada “básica”²⁷, o “simple”²⁸, la corrección de esta designación depende de la relación sistemática en que ella se encuentre con la variante del art. 248 bis. En la medida en que esta última disposición tipifica una variante de cohecho que integra una sub-variante consistente en la solicitud o la aceptación de un beneficio por o para la omisión de un “acto debido propio de su cargo”, es claro que la variante del art. 248 no se comporta como “básica” o “simple”, dado que bajo este artículo sólo tiene relevancia típica la aceptación o solicitud de un beneficio por o para la ejecución de algún acto (propio del cargo). Por ello, y a diferencia de lo que sucede entre las variantes de los arts. 248 bis y 249, la segunda de las cuales constituye –según ya se sostuviera– una especificación de la primera, dándose entre ambas una relación de inclusión (o subordinación), entre las variantes del art. 248 y del art. 248 bis existe, más bien, una relación de interferencia (o superposición parcial)²⁹.

La falta de identidad entre los presupuestos típicos de una y otra variante de cohecho se deja advertir incluso si se prescinde de aquella sub-variante típica del art. 248 bis, ya mencionada, que se distingue por el carácter omisivo del servicio funcional en razón del cual el funcionario solicita o acepta ser remunerado a través de la correspondiente “donación”. Pues aun restringiendo el análisis a los casos en que el servicio funcional consiste en la ejecución de un cierto acto, hay buenas razones para poner en duda que la realización de la correspondiente sub-variante típica del art. 248 bis necesariamente conlleve la realización de la variante típica del art. 248. Pues no es en absoluto evidente que la ejecución de “un acto con infracción a los deberes del cargo”, en los términos del art. 248 bis, necesariamente entrañe la ejecución, por parte del funcionario respectivo, de “un acto propio de su cargo”, en los términos del art. 248.

Para la definición del alcance de la expresión “acto propio de su cargo”, la doctrina suele contrastar dos posibilidades, respectivamente consistentes en una interpretación “extensiva” y en una “restrictiva”³⁰. Bajo la

²⁷ Así OLIVER, Guillermo, *Aproximación...*, cit. (n. 5), pp. 96, 101; RODRÍGUEZ, Luis – OSSANDÓN, María Magdalena, cit. (n. 23), pp. 331, 339.

²⁸ GARRIDO, Mario, *Derecho Penal. Parte Especial* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), III, p. 465.

²⁹ Véase al respecto MAÑALICH, Juan Pablo, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena* (Santiago, Thomson Reuters, 2018), pp. 185 ss., 195 ss., con referencias ulteriores.

³⁰ Véase OLIVER, Guillermo, *Aproximación...*, cit. (n. 5), pp. 100 ss.; RODRÍ-

primera interpretación, por “acto propio del cargo” cabría entender todo aquel que “guarde (...)relación con las actividades públicas que éste realiza”, pudiendo ejecutarlo “con facilidad por la función que desempeña, pero sin que su ejecución corresponda específicamente al ámbito de su competencia”³¹. Bajo la segunda, en cambio, sólo cabría entender por tal un acto “cuya realización obedece al ejercicio de las funciones públicas”, en cuanto radicado en el ámbito competencial del funcionario en cuestión³².

Es ciertamente plausible asumir que esta última solución es la mejor aspectada tratándose, en efecto, de la interpretación de la cláusula contenida en el art. 248. Esto no equivale a sostener, como recientemente ha sugerido Oliver, que el ámbito de los actos propios del cargo pueda quedar condicionado por las decisiones de distribución interna de tareas adoptadas al interior de la repartición pública en la que se desempeña el funcionario respectivo³³. Antes bien, es suficiente que se trate de actos que muestren una conexión funcional con su ámbito de competencia, tal como ello es favorecido por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, sin que ello resulte alterado por decisiones de distribución interna de tareas³⁴.

Hay que observar, adicionalmente, que Oliver mismo advierte que hay deberes que recaerían sobre todo funcionario público sin que ello obste a que, al darles cumplimiento, el respectivo funcionario efectivamente aparezca obrando “dentro de su competencia”. El ejemplo ofrecido es el del deber de todo empleado público de denunciar los hechos punibles de los cuales tomaran conocimiento en el ejercicio de sus funciones, establecido en la letra b) del art. 175 del Código Procesal Penal³⁵. Reconocer que el cumplimiento de semejante deber se corresponde con un acto propio del cargo de cada funcionario es indispensable para dar sentido a la idea de que el incumplimiento de ese deber se corresponderá —como tendría que ser obvio— con la omisión de “un acto debido propio del cargo”, de manera tal que la solicitud o la aceptación de un beneficio por la omisión futura o pretérita de ese acto pueda resultar constitutiva de cohecho bajo el inc. 1º del art. 248 bis del CP.

GUEZ, Luis – OSSANDÓN, María Magdalena, cit. (n. 23), pp. 337 ss.

³¹ OLIVER, Guillermo, *Aproximación...*, cit. (n. 5), p. 101.

³² OLIVER, Guillermo, *Aproximación...*, cit. (n. 5), p. 100.

³³ OLIVER, Guillermo, ¿Atipicidad del cohecho de empleado público para infringir deberes funcionariales genéricos?, en CÁRDENAS, Claudia – FERDMAN, Jorge (coords.), *El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (Santiago, Thomson Reuters, 2016), pp. 809 ss.

³⁴ Véase KUHLEN, Lothar, cit. (n. 10), § 331, n.m. 66 ss.; KINDHÄUSER, Urs, cit. (n. 10), § 331, n.m. 10.

³⁵ Véase OLIVER, Guillermo, *Atipicidad...*, cit. (n. 33), pp. 810, 812.

Con independencia de lo anterior, tendría que ser igualmente claro, como también ha sostenido Oliver, que esa misma solución restrictiva no puede ser correcta tratándose de la interpretación de la cláusula “*con infracción a los deberes de su cargo*”, en el contexto de la tipificación de la segunda sub-variante de cohecho prevista en el art. 248 bis³⁶. Pues ésta no exige que el acto para o por cuya ejecución el funcionario solicita o acepta el respectivo beneficio sea “*propio del cargo*”; antes bien, la cláusula sólo exige que la ejecución del acto tenga lugar “*con infracción a los deberes del cargo*”. En contra de lo sostenido por la Corte Suprema en su fallo recaído en causa rol N° 2560-13, de 13 de junio de 2013³⁷, es crucial advertir que como “*deberes del cargo*” también vienen en consideración aquellos deberes “genéricos” que recaen sobre el funcionario público por el solo hecho de desempeñarse como tal.

La demostración más palmaria de lo anterior la ofrece, sin ir más lejos, el propio inc. 2° del mismo art. 248 bis, que cualifica la variante de cohecho aquí prevista, asociándole la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargo u oficio público, reconociendo explícitamente la posibilidad de que “*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*”. Es suficientemente obvio que el deber infringido a través de semejante ejercicio de influencia en otro funcionario público³⁸, por definición, no es un deber específicamente determinado por el ámbito competencial de desempeño del funcionario, sino uno genéricamente impuesto a través del sometimiento del ejercicio de todo cargo público a determinados estándares de probidad. Esto muestra, entonces, que es típicamente relevante a título de cohecho, bajo el art. 248 bis, la solicitud o la aceptación de un beneficio, por parte de un funcionario público, como remuneración por la ejecución (pretérita o futura) de un acto a través del cual se infringen “*deberes de su cargo*”, sea que éstos le estén impuestos en razón de su específico ámbito de competencia, sea que le estén impuestos en razón de su condición de funcionario público.

³⁶ Véase OLIVER, Guillermo, *Atipicidad...*, cit. (n. 33), pp. 809 ss.

³⁷ Coincidentemente ARTAZA, Osvaldo, cit. (n. 1), pp. 325 ss.

³⁸ Ejercicio de influencia que, como bien observa OLIVER, Guillermo, *Aproximación...*, cit. (n. 5), p. 104, no necesariamente será constitutivo del delito de tráfico de influencia tipificado en el art. 240 bis del CP, en la medida en que la realización del tipo del tráfico de influencia exige que sea la propia persona del funcionario, una persona (directa o indirectamente) relacionada con éste de determinada manera, o bien una persona jurídica o empresa en la cual alguna de las personas anteriores tenga una determinada participación, la que tenga interés en la decisión para cuya adopción aquél ejerza influencia en otro funcionario.

IV. LA EXIGENCIA TÍPICA DE DETERMINACIÓN DEL SERVICIO FUNCIONARIAL

Un segundo problema cuya solución es imprescindible para esclarecer los contornos típicos de las diferentes variantes de cohecho consiste en precisar el nivel de determinación con que tiene que resultar especificado el correspondiente servicio funcionarial en el contexto de la “convención donatoria” a cuya celebración se orienta el comportamiento típicamente relevante del funcionario. Nuevamente circunscribiendo el análisis a los arts. 248 y 248 bis, ya se ha establecido que el servicio funcionarial, para o por cuya realización el funcionario ha de solicitar o aceptar el respectivo beneficio, tiene que consistir, o bien, en la ejecución de algún acto propio del cargo, o bien en la omisión de un acto debido propio de su cargo, o bien en la ejecución de un acto con infracción de los deberes del cargo. Esto basta para concluir que la regulación hoy vigente no hace punible el así llamado cohecho “*por la función*” o “*por el ejercicio del cargo*”³⁹, que precisamente se distingue por el hecho de que la remuneración que el funcionario solicita o acepta recibir no se encuentra referida a la realización de un “servicio específico”, en los términos de la definición del art. 1433 del CC, sino más bien al genérico desempeño del cargo o función como tal.

Las implicaciones de esta caracterización de la situación jurídica vigente se vuelven más claras si se tienen a la vista algunos antecedentes de derecho comparado. En efecto, tanto el derecho alemán como el derecho español hoy vigentes conocen variantes suficientemente próximas a tal cohecho “*por la función*” o “*por el ejercicio del cargo*”⁴⁰. A partir de la reforma introducida por ley de 13 de agosto de 1997, el apartado 1º del § 331 del StGB tipifica la así llamada “aceptación de ventaja” (*Vorteilsannahme*) como un delito consistente en exigir, dejarse prometer o recibir una ventaja, por parte de un funcionario público, “*por el desempeño del servicio*” (*für die Dienstausübung*). Respecto de este delito, entonces, el cohecho (*Bestechlichkeit*), tipificado en el § 332 del StGB y consistente en exigir, dejarse prometer o recibir una ventaja, por parte de un funcionario público, “*como contraprestación por el hecho de haber ejecutado o ejecutar futuramente una acción del servicio y por esa vía haber infringido o llegar a infringir sus deberes de servicio*”, se constituye como una forma calificada⁴¹. Esta modificación es doctrinalmente explicada en el sentido de un debilitamiento, pero no de una supresión, de la exigencia de que el comportamiento del funcionario

³⁹ En detalle al respecto HERNÁNDEZ, Héctor, cit. (n. 9), pp. 17 ss.

⁴⁰ Para más antecedentes de derecho comparado, véase HERNÁNDEZ, Héctor, cit. (n. 9), pp. 23 ss.

⁴¹ KINDHÄUSER, Uts, *LPK-StGB*, cit. (n. 10), § 332, n.m. 1.

se oriente a la celebración de un pacto ilícito, en términos tales que sería el genérico desempeño de la función, como tal, aquello por lo cual la ventaja respectiva es exigida, aceptada o recibida como contraprestación⁴². Con aun mayor laxitud, por su parte, el art. 422 del Código Penal español, y en congruencia con una larga tradición de la codificación hispánica⁴³, hace punible la admisión, “*por sí o por persona interpuesta*”, por parte de una autoridad o un funcionario público, de “*dáviva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función*”⁴⁴.

Sobre este trasfondo, es indiscutible que los arts. 248 y 248 bis exigen que el funcionario solicite o acepte el beneficio (económico) para realizar o por haber realizado un comportamiento determinado, constitutivo del respectivo “servicio funcional” en el sentido ya precisado. Pero esto ciertamente no basta para zanjar el grado de determinación con que debe aparecer especificado el acto de cuya ejecución u omisión, pasada o futura, por parte del funcionario público se trata. A este respecto, es particularmente importante tomar nota de la manera en que la jurisprudencia alemana planteaba el problema a propósito de la regulación vigente con anterioridad a la ya referida modificación legislativa del año 1997.

Ya en su relevante fallo pronunciado el 29 de febrero de 1984⁴⁵, el Tribunal Supremo Federal alemán (en adelante “el BGH”) llamó explícitamente la atención sobre lo improcedente de sujetar la determinación de la respectiva “acción de servicio” (*Diensthandlung*) a exigencias de precisión demasiado elevadas, pues lo contrario llevaría a privilegiar a aquellos funcionarios públicos “*que se muestran venales no sólo respecto de una concreta acción de servicio singular, sino para ámbitos vastos de su quehacer*”. A esto se añade, agregaba el BGH, que los involucrados “*muchas veces no tienen representación precisa alguna acerca de cuándo, en qué oportunidad, y de qué manera el funcionario debería dar cumplimiento al pacto ilícito, pues las acciones de servicio singulares, correspondientes a ello, frecuentemente no se dejan determinar con antelación*”.

⁴² KUHLEN, Lothar, cit. (n. 10), § 331, n.m. 4, 19, 80.

⁴³ Véase RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español. Parte Especial* (14ª edición, Madrid, Dykinson, 1991), pp. 1171 ss. Una muestra del impacto de esa tradición la ofrece, por ejemplo, el Código Penal argentino, cuyo actual art. 259 tipifica el comportamiento del funcionario público consistente en admitir “*dávivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo*”.

⁴⁴ Al respecto ORTIZ DE URBINA, Iñigo, *Delitos contra la administración pública*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.) – RAGUÉS, Ramón (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (4ª edición, Barcelona, Atelier, 2015), pp. 368 ss.

⁴⁵ BGH 2 StR 560/83. Al respecto KUHLEN, Lothar, cit. (n. 10), § 331, n.m. 75 ss.

De ahí que, según el BGH, no pudiera “*exigirse que la acción de servicio, que constituye el objeto del pacto ilícito, esté ya fijada en su configuración concreta según tiempo, ocasión y forma de ejecución, en todas sus particularidades*”. Antes bien, sería suficiente que “*el acuerdo de los involucrados se encuentre referido a que el funcionario público, al interior de un determinado ámbito de tareas (...) deba activarse en una cierta dirección*”, en términos tales que la acción de servicio en cuestión esté establecida y sea “*reconocible según su contenido material a lo menos en lineamientos gruesos*”, de manera tal que sea reconocible “*en qué dirección*” ha actuado o habrá de actuar aquél⁴⁶. Un posterior pronunciamiento del propio BGH estimó suficiente, en ese mismo sentido, que un funcionario del ejército, con competencia para realizar adquisiciones, prometiese a un distribuidor de alimentos “*considerarlo más fuertemente en el futuro ante demandas de pedidos*”⁴⁷. E igualmente importante resulta ser un fallo, pronunciado por el BGH con fecha 23 de octubre de 2002⁴⁸, en referencia a sucesos que habían tenido lugar antes de la reforma del año 1997. Reiterando su desestimación de la tendencia a someter la identificación de la correspondiente acción de servicio a exigencias de determinación excesivas, sostuvo el BGH que es suficiente que quienes han de dar y recibir la ventaja “*estén de acuerdo acerca del tipo del servicio remunerado, también si ellos no tienen representación precisa alguna acerca de cuándo, en qué oportunidad y de qué manera el funcionario público quiera dar cumplimiento al acuerdo*”.

La solución favorecida por la jurisprudencia del BGH es fácil de compatibilizar con el punto de partida representado por el modelo de la donación remuneratoria. Pues la relativa indeterminación que, de acuerdo con el BGH, puede exhibir el servicio funcional por el cual el funcionario solicita o acepta ser “donatoriamente remunerado” es congruente con la relatividad-a-la-contingencia que puede exhibir, característicamente, el servicio por cuya prestación alguien resulta remunerado. En este sentido, el modelo de la donación remuneratoria exhibe, frente al modelo del contrato sinalagmático, la ventaja de resultar considerablemente más adaptable a las particularidades de cada uno de los contextos regulativos en los cuales puede resultar aplicable. Esto se traduce, específicamente, en que desde el punto de vista provisto por el modelo de la donación remuneratoria, la diferencia entre la estructura típica del cohecho referido a la ejecución o la omisión de acto vinculado al desempeño del cargo o la función –esto es, del cohecho “de servicio”–, tal como aquel se encuentra exclusivamente

⁴⁶ KUHLEN, Lothar, cit. (n. 10), § 331, n.m. 76.

⁴⁷ KUHLEN, Lothar, cit. (n. 10), § 331, n.m. 76.

⁴⁸ BGH 1 StR 541/01.

previsto por el derecho chileno vigente, y la estructura típica del cohecho “*por la función*”, cuya criminalización pudiera resultar de una modificación del derecho vigente, se presente como una diferencia de grado, a saber, precisamente por la gradualidad con la que puede verse incrementado o reducido el nivel de precisión del objeto de la remuneración solicitada o aceptada por el funcionario⁴⁹.

Desde luego, lo anterior ciertamente no sirve para superar un sensible vacío de punibilidad, que como tal sólo es corregible *de lege ferenda*, como si se tratase de un problema reducible a la adecuada reconstrucción dogmática de la *lex lata*. Pero sí sirve para hacer reconocible la elevadísima proximidad estructural que exhiben una y otra forma de cohecho, que precisamente por esa razón admiten ser entendidas, sistemáticamente, como especificaciones de un mismo concepto. El modelo de la donación remuneratoria hace identificable, más allá de las denominaciones legislativas que vengan en consideración, la unidad estructural exhibida por las variadas especies y sub-especies de cohecho eventualmente punible.

V. EL PROBLEMA DE LAS “RELACIONES REMUNERATORIAS” TEMPORALMENTE EXTENDIDAS

Sentado lo anterior, cabe examinar ahora el problema relativo a las condiciones bajo las cuales puede tenerse por comprobada la referencia del acuerdo buscado o alcanzado por el funcionario público a la ejecución u omisión de un acto conectado con el desempeño de la función o el cargo, y por la cual habría de tener lugar el “donativo remuneratorio” en cuestión, en casos en los cuales la solicitud o la aceptación de éste asume la forma de un comportamiento concluyente. Una consideración especialmente sugerente del problema aparece en la sentencia del BGH de 19 de octubre de 1999⁵⁰, referida a un caso en el cual, bajo la regulación introducida a través de la reforma de 1997, el funcionario acusado había sido condenado, entre otros, por quince delitos de aceptación de ventaja (y no de cohecho), en razón de que, supuestamente, sólo había sido posible establecer que las regalías en cuestión habían sido recibidas por el desempeño del cargo,

⁴⁹ Valga la precisión de que de ello no se sigue sin más que, bajo un régimen regulativo que tipifique tanto el cohecho “*por la función*” como el cohecho “*de servicio*”, este último necesariamente debería contar, desde un punto de vista penológico, como una forma calificada del primero. Es perfectamente concebible, por ejemplo, que la regulación en cuestión pudiera reconocer criterios de graduación del injusto exhibido por una o ambas formas de cohecho que fueran sensibles, más bien, a la relevancia del cargo desempeñado.

⁵⁰ BGH 1 StR 264/99.

pero no como contraprestación por la ejecución pretérita o futura de alguna acción del servicio, con infracción de los deberes del servicio. En su anulación del fallo condenatorio a este respecto, el BGH entendió que la existencia de una ya larga y consolidada relación entre el funcionario, director médico de una institución hospitalaria, y el aportante de las regalías, responsable de una firma italiana dedicada a la distribución de marcapasos, era suficiente, desde ya, para hacer reconocible un acuerdo concluyente entre ellos en cuanto a que las sucesivas y reiteradas invitaciones recibidas y aceptadas por el primero a cenar en restaurantes de lujo y a visitar (en dos ocasiones) el establecimiento de la compañía en Italia tenían lugar en la expectativa de la firma de seguir recibiendo, en el futuro, órdenes de compra de marcapasos. Pero a ello añadió el BGH que, en atención a esas mismas circunstancias, era errado que el tribunal de instancia no hubiese concluido que, al aceptar las invitaciones sucesivamente recibidas, el director del hospital había mostrado que esas invitaciones “habrían de jugar un rol en la decisión a favor de ulteriores órdenes de compra”.

Aquí es imprescindible no perder de vista que la razón esgrimida por el BGH para invalidar, en el caso recién considerado, la condena por los quince delitos de mera aceptación de ventaja (en los términos del § 331 del StGB) estuvo constituida por la plausibilidad de recalificar cada uno de los quince hechos como constitutivos de cohecho (en los términos del § 332 del StGB), precisamente en atención a la plausibilidad de tener por establecida la existencia de una puesta en relación, en el sentido sinalagmáticamente relevante, de cada una de las invitaciones aceptadas por el acusado con una muestra de su parte a considerar favorablemente la emisión de órdenes de compra a favor de la firma. Pues la misma consideración de los elementos contextuales pertinentes debería valer para tener por comprobada la existencia del correspondiente pacto ilícito bajo la regulación del cohecho plasmada en el CP, allí donde la interacción entre el funcionario y su presunto sobornador se desarrolla, de manera más o menos consistente, a lo largo de un lapso más o menos prolongado.

Hernández ha advertido acerca de algunas de las dificultades probatorias que trae consigo el modelo regulativo aún vigente en Chile, que justamente se distingue por la falta de tipificación del cohecho “*por la función*” o “*por el ejercicio del cargo*”, el diagnóstico de lo cual ha tenido una importancia considerable en el debate legislativo más reciente⁵¹. El modelo regulativo todavía vigente vuelve necesario que se compruebe judicialmente, más allá

⁵¹ Se trata de la discusión del proyecto de ley correspondiente al boletín N° 10739-07, iniciado por moción de los senadores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín.

de toda duda razonable, “no sólo que ha habido determinadas manifestaciones de voluntad (por parte de un empleado público, de un particular, o de ambos) en relación con un posible pago a un empleado público, sino además que ese pago representaba la contraprestación al menos potencial por un determinado acto de servicio, pasado o futuro, por parte del funcionario en cuestión”⁵².

Mas inmediatamente después de dar cuenta de esta dificultad probatoria, Hernández observa lo siguiente: “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, 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, que el interesado no tiene el 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.”⁵³.

Esto muestra que la insoslayable constatación de que el Código Penal chileno no tipifica, al día de hoy, alguna forma de cohecho “*por la función*” o “*por el ejercicio del cargo*” no excluye en lo absoluto la posibilidad de tener por realizada una o más variantes típicas de cohecho, en los términos de los arts. 248 y siguientes del CP, tratándose de casos que involucran alguna interacción sostenida en el tiempo entre el funcionario y quien pudiera fungir, a su respecto, como eventual sobornador. En estos términos, la comprobación procesal de la realización del tipo del cohecho dependerá de que, en atención a las particularidades de esa misma interacción, sean reconocibles indicios de que el beneficio solicitado o aceptado por el primero adquiere, en el marco de esa misma interacción, el sentido de una “remuneración” por la realización, pasada o futura, de algún servicio funcional.

⁵² HERNÁNDEZ, Héctor, cit. (n. 9), p. 21.

⁵³ HERNÁNDEZ, Héctor, cit. (n. 9), p. 22.

VI. LA NATURALEZA ECONÓMICA DEL BENEFICIO SOLICITADO O ACEPTADO

Un rasgo ineludible del modelo regulativo todavía plasmado, *de lege lata*, en el Código Penal chileno consiste en la naturaleza económica que ha de revestir el beneficio que el funcionario solicita o acepta como contraprestación a la realización del correspondiente servicio funcional⁵⁴. Ello resulta indubitable en atención al solo tenor literal de los arts. 248 y siguientes, que en general especifican la remuneración por la realización del respectivo servicio funcional, que el funcionario ha de solicitar o aceptar, como consistente en un “beneficio económico”, y no deja de serlo en atención a la posibilidad de que, bajo el art. 248, ese beneficio pueda consistir en la percepción de “*mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo*”.

A este respecto, puede ser ilustrativo examinar el problema de si la exigencia típica de que el beneficio solicitado o aceptado por el funcionario exhiba naturaleza económica pudiera verse insatisfecha en razón de su destinación al financiamiento de una campaña política. Aquí puede ser oportuno, una vez más, tener a la vista la manera en que la jurisprudencia alemana ha reconocido la necesidad de restringir teleológicamente, por vía de interpretación restrictiva, el alcance del tipo de la ya mencionada “aceptación de ventaja”, establecido en el § 331 del StGB, en pos de resguardar el principio de igualdad de oportunidades en lo tocante a la relación entre candidatos afiliados y candidatos no afiliados a partidos políticos, desde el punto de vista de sus respectivas chances de conseguir financiamiento electoral. En un muy relevante fallo emitido el 28 de octubre de 2004⁵⁵, el BGH declaró que: “*un funcionario no se hace punible por aceptación de ventaja si él nuevamente se presenta al cargo de elección popular actualmente ejercido por él, y a ser obtenido como resultado de elección directa, y para su reelección solicita, se deja prometer o recibe el apoyo financiero o de otra índole de un tercero, para sí o para el partido o la asociación de electores que representa, siempre que esta exigencia sólo deba servir o sirva a que él, tras resultar electo, ejerza el cargo de una manera que se corresponda con las representaciones generales, económicas o políticas, de quien aportara la ventaja*”.

Pero a renglón seguido el BGH introducía, sin más, la siguiente prevención: “*En cambio, si el funcionario se muestra dispuesto a adoptar o influenciar una concreta decisión a favor del aportante de la ventaja, que promueva los intereses de éste, en caso de llegar a ser elegido, como contrapartida*

⁵⁴ Véase por todos OLIVER, Guillermo, *Aproximación...*, cit. (n. 5), pp. 96 ss.; RODRÍGUEZ, Luis – OSSANDÓN, María Magdalena, cit. (n. 23), pp. 332 ss.

⁵⁵ BGH 3 StR 301/03.

por el donativo de campaña, entonces él se hace culpable de una aceptación de ventaja (...)”.

Sobre la base de este razonamiento, es manifiesto que, presentándose como “remuneración” por la realización pasada o futura de algún servicio prestado en conexión con el cargo, el donativo consistente en el aporte financiero a una campaña electoral puede resultar sin más constitutivo de un beneficio cuya solicitud o aceptación sea, para el funcionario en cuestión, constitutiva de cohecho. Y debería estar fuera de toda discusión que ese beneficio por definición tiene carácter económico, en el sentido de la regulación legal chilena.

Cabe apuntar que, en contra de lo que pudiera creerse, la jurisprudencia de la Corte Suprema no avala la sugerencia de que semejante aporte financiero a una campaña electoral no podría exhibir el carácter de un beneficio económico bajo los arts. 248 y siguientes del CP. En su sentencia de reemplazo pronunciada con fecha 10 de mayo de 2007⁵⁶, tras haber acogido un recurso de casación en la forma interpuesto en contra de la respectiva sentencia condenatoria, recaída en el así llamado “caso Coimas”, la corte en efecto dio lugar a la absolucón de uno de los acusados (correlativamente) por soborno, en razón de que éste *“pagó no para obtener algún favor que se haya determinado en los autos, sino únicamente para financiar campañas políticas”* (cons. 9º). Pero la corte concluyó lo anterior a partir de la sola desestimación de que hubiese evidencia suficiente de que los montos destinados al financiamiento de las campañas en cuestión hubieran sido traspasados existiendo, de parte de los funcionarios respectivos, *“una oferta a cambio del aporte económico, consistente en realizar algún acto o incurrir en alguna omisión que favoreciere al empresario F. o algún tercero”* (cons. 7º). De ahí que la decisión de la corte no haya dependido de una negación de que el aporte dinero a una campaña política pueda constituir un beneficio económico en el sentido de la tipificación del cohecho (y del soborno), sino únicamente de la detección de una insuficiencia probatoria de su vinculación “remuneratoria” con el respectivo servicio funcional.

⁵⁶ En causa rol N° 3430-2005.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTAZA, Osvaldo, *La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica* en los delitos de cohecho, en *Política Criminal* 11 (2016), 21.
- BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen* (Tubinga, J.C.B. Mohr [Paul Siebeck], 1906).
- BINDING, Karl, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts* (Léipzig, Felix Meiner, 1905), II.
- CARNEVALI, Raúl – ARTAZA, Osvaldo, *La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el Derecho Penal*, en *Ius et Praxis* 22 (2016), 2.
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial* (Bogotá, Temis, 1961), V.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979), V.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte Especial* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), IV.
- GARRIDO, Mario, *Derecho Penal. Parte Especial* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), III.
- GREEN, Stuart, *Lying, Cheating, and Stealing* (Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2006).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996), I.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *De las donaciones entre vivos. Conceptos y tipos* (Santiago, LexisNexis, 2005).
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Colectánea Criminal. Estampas de la parte especial del derecho penal* (Buenos Aires y Montevideo, BdF, 2017).
- HERNÁNDEZ, Héctor, *La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho*, en *Revista de Ciencias Penales* 43 (2016), 4, pp. 15-28.
- KINDHÄUSER, Urs, *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán*, en *Política Criminal* 2 (2007), 3, pp. 1-18.
- KINDHÄUSER, Urs, *LPK-StGB* (4ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2010).
- KINDHÄUSER, Urs, 263, en KINDHÄUSER, Urs – NEUMANN, Ulfrid – PAEFFGEN, Hans-Jörg (coords.), *NK-StGB* (5ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2017).
- KUHLEN, Lothar, 331, en KINDHÄUSER, Urs – NEUMANN, Ulfrid – PAEFFGEN, Hans-Jörg (coords.), *NK-StGB* (5ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2017).
- LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal* (7ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), II.
- MAÑALICH, Juan Pablo, *La negociación incompatible como delito de corrupción*, en *Revista de Estudios de la Justicia* 23 (2015).
- MAÑALICH, Juan Pablo, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena* (Santiago, Thomson Reuters, 2018).
- MAÑALICH, Juan Pablo, *El chantaje como coacción. Una reconstrucción lógica de la distinción entre amenazas y ofertas condicionales*, en *DOXA* 41 (2018), en prensa.
- OLIVER, Guillermo, *Aproximación al delito de cohecho*, en *Revista de Estudios de la Justicia* 5 (2004).

- OLIVER, Guillermo, ¿Atipicidad del cohecho de empleado público para infringir deberes funcionariales genéricos?, en CÁRDENAS, Claudia – FERDMAN, Jorge (coords.), *El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (Santiago, Thomson Reuters, 2016).
- ORTIZ DE URBINA, Iñigo, *Delitos contra la administración pública*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.) – RAGUÉS, Ramón (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (4ª edición, Barcelona, Atelier, 2015).
- RODRÍGUEZ, Luis – OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008).
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español. Parte Especial* (14ª edición, Madrid, Dykinson, 1991).