

OLIVER CALDERÓN, Guillermo: “Juicio crítico sobre las últimas modificaciones legales al delito de cohecho (Ley N° 21.121)”.

Polít. Crim. Vol. 16 N° 32 (Diciembre 2021), Art. 10, pp. 773-797  
[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2021/12/Vol16N32A10.pdf>]

## **Juicio crítico sobre las últimas modificaciones legales al delito de cohecho (Ley N° 21.121)**

### **Analysis of the latest legal amendments to the crime of bribery (Law No. 21,121)**

Guillermo Oliver Calderón

Doctor en Derecho. Profesor Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

[guillermo.oliver@pucv.cl](mailto:guillermo.oliver@pucv.cl)

<https://orcid.org/0000-0003-4485-1870>

Fecha de recepción: 04/08/2020.

Fecha de aceptación: 24/11/2020.

### **Resumen**

En los últimos veinte años, la regulación del delito de cohecho ha sido modificada en varias ocasiones, lo que no parece aconsejable para la seguridad jurídica. Después de casi ciento veinticinco años en que tal regulación permaneció prácticamente intacta, fue radicalmente modificada por la Ley N° 19.645, de 11 de diciembre de 1999. Tres años después, volvió a sufrir cambios por la Ley N° 19.829, de 8 de octubre de 2002. Siete años después, fue modificada por la Ley N° 20.341, de 22 de abril de 2009. Cinco años más tarde, volvió a ser modificada por la Ley N° 20.730, de 8 de marzo de 2014. Y cuatro años después, volvió a sufrir cambios por la Ley N° 21.121, de 20 de noviembre de 2018. En este trabajo, después de resumir el contenido de cada uno de esos cambios legales, se examinan las principales modificaciones al delito de cohecho efectuadas por la última de dichas leyes. Dentro de estas modificaciones, se realiza una distinción entre aquellas que merecen una valoración positiva, aquellas que merecen una valoración negativa y aquellas que originan nuevos problemas interpretativos.

**Palabras clave:** cohecho, soborno, corrupción, delitos de funcionarios públicos, sanciones penales para empleados públicos.

### **Abstract**

Over the last twenty years, the legislature has amended the regulation of the crime of bribery several times, which does not seem advisable for legal certainty. After almost one hundred and twenty-five years in which such regulation remained practically intact, the legislature modified it radically with Law No. 19,645 of 11 December 1999. Three years later, the legislature changed it again with Law No. 19,829 of 8 October 2002. Seven years later, this regulation was again amended by Law No. 20,341 of 22 April 2009. Five years later, the legislature amended it again with Law No. 20,730 of 8 March 2014. And four years later, one more time, this regulation was modified by Law No. 21,121 of 20 November 2018. In this article, after summarizing the content of each of these legal changes, we examine the main modifications to the crime of bribery made by the last of these laws. Within these

modifications, a distinction is made between those that merit a positive evaluation, those that merit a negative evaluation and those that give rise to new interpretative problems.

**Keywords:** bribery, corruption, offences of public officials, criminal sanctions for public employees.

## Introducción

Desde la entrada en vigencia del Código Penal chileno (en adelante, “CP”),<sup>1</sup> pasaron casi ciento veinticinco años sin que la regulación del delito de cohecho, contenida en ese cuerpo legal, experimentara alguna modificación. La estabilidad de dicha normativa, necesaria para la seguridad jurídica,<sup>2</sup> comenzó a tambalear a partir de la llegada del presente siglo. La Ley N° 19.645, de 11 de diciembre de 1999, introdujo modificaciones sustanciales en la regulación del cohecho, aunque también de otras figuras delictivas del Título V del Libro II del referido código. A partir de ese momento, las reformas en este sector de la parte especial del Derecho penal chileno no han cesado.<sup>3</sup> En un lapso de solo veinte años<sup>4</sup> han tenido lugar cinco modificaciones legales en la normativa del cohecho,<sup>5</sup> unas más importantes que otras. Tres años después de la radical reforma de 1999, la Ley N° 19.829, de 8 de octubre de 2002, volvió a modificar la regulación de este delito. Lo propio hizo, siete años más tarde, la Ley N° 20.341, de 22 de abril de 2009. Otro tanto acaeció, cinco años después, con la Ley N° 20.730, de 8 de marzo de 2014. Y cuatro años más tarde, mediante la Ley N° 21.121, de 20 de noviembre de 2018, se introdujo otra modificación de gran envergadura en la normativa del cohecho. Asumiendo como premisa que los sucesivos cambios en la regulación de este delito han buscado su perfeccionamiento, en este trabajo se pretende realizar un juicio crítico del estado actual de su estatuto normativo. Con dicha finalidad, después de una síntesis de las más importantes modificaciones efectuadas por las mencionadas leyes en la normativa del cohecho, se analizan los principales cambios realizados a la regulación de este delito por la citada Ley N° 21.121, distinguiendo entre aquellos que merecen una valoración positiva, aquellos que merecen un juicio negativo y aquellos que originan importantes problemas interpretativos.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> En lo sucesivo, a menos que se indique lo contrario, las referencias a artículos deben entenderse hechas a artículos del Código Penal.

<sup>2</sup> Por todos, destacando la negativa incidencia de la mutación constante de las leyes en la seguridad jurídica, véase LÓPEZ (1953), p. 97.

<sup>3</sup> Este no parece ser un fenómeno exclusivo de la legislación penal chilena. En Alemania, por ejemplo, la doctrina ha atribuido a la regulación del cohecho ser una manifestación de expansión penal, producto de sucesivas modificaciones ampliadoras de su alcance y agravadoras de su rigor punitivo, efectuadas en las últimas décadas. Así, KUHLEN (2018), pp. 67-68.

<sup>4</sup> Este lapso coincide con el período en el que el fenómeno de la corrupción ha comenzado a concitar mayor atención en el contexto internacional. No es una casualidad que los principales instrumentos normativos internacionales en materia de corrupción hayan sido dictados a partir de la última década del siglo pasado. En este sentido, CARNEVALI y ARTAZA (2016), p. 54.

<sup>5</sup> Tampoco es una casualidad que las modificaciones legales en materia del tratamiento penal del fenómeno de la corrupción se hayan concentrado preferentemente en el delito de cohecho, pues se trata de “una de sus manifestaciones más paradigmáticas”. Así, OLIVER (2016), p. 797.

<sup>6</sup> No es objetivo de este trabajo examinar en detalle todas las modificaciones efectuadas por dicha ley en materia de cohecho, sino solo las que me parecen más claramente susceptibles de encasillarse en alguna de las tres categorías señaladas. Eso explica que no analice el contenido de los nuevos artículos 251 quáter y 251 quinquies.

## 1. Síntesis de la sucesión de modificaciones legales

### 1.1. Ley N° 19.645, de 1999

Con esta ley se inició la serie de sucesivas reformas que ha experimentado el delito de cohecho en las dos últimas décadas. Sintéticamente expuestas las principales modificaciones efectuadas por esta ley en la regulación de dicho delito, cabría mencionar las siguientes:

a) El abandono de su carácter bilateral. En virtud de esta característica del delito, para que el ilícito se configurara, era necesario que se produjera un acuerdo entre el particular que corrompía al funcionario y el empleado que se dejaba corromper.<sup>7</sup> La modificación vino a consagrar la naturaleza unilateral del delito, en el sentido de que dejó de ser necesaria la existencia de tal acuerdo,<sup>8</sup> pudiendo configurarse el ilícito con la sola solicitud de un beneficio, aunque no fuera aceptada por el particular, o con el solo ofrecimiento, aunque no fuera aceptado por el funcionario.<sup>9</sup>

b) La tipificación de nuevas formas de cohecho. Esta ley incluyó en la regulación del cohecho tres nuevos comportamientos punibles, tanto desde el punto de vista del empleado público, como desde el del particular. Por una parte, incorporó el caso en que el funcionario solicita o acepta (o el particular ofrece o consiente en dar) un beneficio para ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo. Por otra, incluyó el caso en que el empleado solicita o acepta (o el particular ofrece o consiente en dar) un beneficio para cometer alguno de los crímenes o simples delitos previstos en el Párrafo 4° del Título III del Libro Segundo del CP. Finalmente, incorporó el caso en que el funcionario solicita o acepta (o el particular ofrece o consiente en dar) un beneficio por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, o por haber omitido un acto debido propio de su cargo; en otras palabras, por incurrir en lo que se conoce con el nombre de cohecho “subsiguiente”.<sup>10</sup>

c) La aclaración de la naturaleza patrimonial del beneficio. Antes de esta ley era objeto de discusión la naturaleza de la “dádiva o promesa” a que se refería la regulación del cohecho. Las dudas giraban en torno a si únicamente debía tener naturaleza patrimonial, o si podía poseer un carácter distinto, como, por ejemplo, un favor de carácter sexual o un reconocimiento honorífico. A pesar de que había un buen argumento de texto para colegir el carácter patrimonial de la dádiva o promesa, que se construía a partir del criterio establecido en la regulación para calcular la multa imponible (pues era “de la mitad al tanto de la dádiva

<sup>7</sup> Esta era una característica del delito de cohecho que imperaba en los Códigos penales decimonónicos. Con mayores referencias, véase GUZMÁN (2017), p. 166.

<sup>8</sup> El abandono de la necesidad de este acuerdo fue, probablemente, el principal objetivo buscado por la Ley N° 19.645, según lo que se indica en la moción parlamentaria que le dio origen. Véase GARCÍA (2019a), p. 190.

<sup>9</sup> Sobre el tema, puede verse OLIVER (2005), pp. 91-92. Esto nada tiene que ver con la “trilateralidad funcional” que un sector de la doctrina advierte en el cohecho, como manifestación del fenómeno de la corrupción, al distinguir entre el particular (sobornante), el funcionario (sobornado) y el titular de los intereses que son representados por el funcionario (el Estado). Sobre el tema, véase ARTAZA (2016), pp. 318-320; GARCÍA (2019b), p. 135.

<sup>10</sup> Por todos, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2008), p. 323. Véase NAVARRO (2016), p. 20, quien estima preferible la denominación cohecho “por recompensa”.

o promesa aceptada”),<sup>11</sup> la ley quiso explicitar el punto, poniendo fin a la discusión, al exigir que el beneficio fuera “económico”.

d) El aumento de las penas. La regulación del cohecho no contemplaba penas privativas de libertad, sino solo multas e inhabilitaciones. Esta ley añadió penas de presidio menor para algunas formas de cohecho.

## 1.2. Ley N° 19.829, de 2002

La Ley N° 19.829, dictada tres años después de la anterior, incorporó una nueva figura delictiva dentro de la regulación del cohecho y perfeccionó la regulación de este último delito en su modalidad de cohecho del particular o soborno. En concreto, las más importantes modificaciones fueron las siguientes:

a) Tipificación de un nuevo delito de cohecho a funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Esta modificación legal incorporó en el Título V del Libro Segundo del CP<sup>12</sup> dos nuevos artículos (250 bis A y 250 bis B) para sancionar a quien ofreciera o consintiera en dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico para realizar una acción o incurrir en una omisión con miras a la obtención o mantención de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de una transacción comercial internacional, o por haber realizado o haber incurrido en la acción u omisión señalada. Con este cambio legal, se buscaba cumplir la obligación asumida por el país al suscribir la “Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales”, en el sentido de ajustar la regulación del delito de cohecho a la mencionada Convención.<sup>13</sup>

b) Incorporación de la modalidad de soborno consistente en que el beneficio que se ofrece o se consiente en dar vaya en provecho de un tercero. Tras la reforma de 1999, fue ostensible la falta de previsión de esta hipótesis en la figura de cohecho del particular o soborno (art. 250), lo que originó la duda de si se trataba de un auténtico vacío punitivo o si podía interpretarse, a partir de los tipos de cohecho del funcionario (arts. 248 a 249), que sí contemplaban el caso en que el beneficio fuera para un tercero, que no existía laguna de punición.<sup>14</sup> Con esta modificación, desapareció el motivo de la disputa.

c) Distinción de penas en el delito de soborno, según si se ofrece el beneficio o se consiente en darlo. La reforma de 1999 no estableció diferencia en las penas privativas de libertad

---

<sup>11</sup> En este sentido, ETCHEBERRY (1998), p. 254.

<sup>12</sup> La ubicación que se dio a este delito fue criticada por la doctrina nacional, entre otras razones, por la distorsión que implicaba para la determinación del bien jurídico atacado en el cohecho. Sobre el tema, véase RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2008), pp. 357-358. También en la doctrina extranjera el tema ha suscitado discusión. Así, DÍAZ-MAROTO (2008), p. 202.

<sup>13</sup> Sin embargo, el Estado de Chile, antes de celebrar dicha Convención, ya había adquirido la obligación de tipificar este delito, al suscribir la Convención interamericana contra la corrupción, cuyo artículo VIII estableció el deber de los Estados Partes de castigar el ofrecimiento u otorgamiento de beneficios a funcionarios públicos extranjeros en el contexto de transacciones internacionales comerciales o económicas. Sobre el tema, véase OLIVER (2003), p. 40.

<sup>14</sup> OLIVER (2003), pp. 48-49.

aplicables al sobornante, en función de si ofrecía el beneficio o consentía en darlo. La modificación de 2002 sí la estableció, previendo para el primer caso una pena más grave que para el segundo, porque entendió que en este último el particular cede a una suerte de presión del funcionario.<sup>15</sup>

d) Armonización de las penas aplicables al funcionario y al particular en el cohecho asociado a la omisión de actos debidos propios del cargo o a la ejecución de actos con infracción a deberes del cargo. Una inaceptable consecuencia de la reforma de 1999 fue la previsión, para el funcionario que incurría en la figura agravada de cohecho del artículo 248 bis, de una pena privativa de libertad menor que la establecida para el particular que cometía soborno asociado a las acciones u omisiones contempladas en dicha norma, previsión que no tomaba en cuenta el hecho de que el funcionario es portador de ciertos deberes y el particular no.<sup>16</sup> La modificación de 2002 corrigió esta evidente anomalía.

e) Establecimiento de una pena autónoma privativa de libertad para el soborno asociado a la comisión de ciertos delitos funcionarios. Tras la reforma de 1999, la posibilidad de aplicar al soborno asociado a los delitos ministeriales señalados en el artículo 249, además de multa e inhabilitación, una pena privativa de libertad, dependía de que el concreto delito ministerial que cometiera el funcionario sobornado tuviese asignada una pena de dicha naturaleza. Ello era así, porque el inciso tercero del artículo 250 señalaba que, en estos casos, el sobornante era considerado inductor de acuerdo al artículo 15 N° 2.<sup>17</sup> La modificación del 2002 estableció para estos casos, además de la multa y la inhabilitación, la inevitable aplicación de una pena privativa de libertad, con independencia de si el delito ministerial —de los señalados en el artículo 249— que cometía el funcionario sobornado, preveía o no pena de cárcel.

### **1.3. Ley N° 20.341, de 2009**

Siete años después de la anterior, la Ley N° 20.341 volvió a reformar la regulación del cohecho, aumentando las penas privativas de libertad en algunas de las figuras delictivas e introduciendo cambios importantes en el delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. Sintéticamente expuestas, las modificaciones efectuadas por esta ley, en materia de cohecho, fueron las siguientes:

a) Incorporación de una pena privativa de libertad en la figura básica de cohecho. Antes de la promulgación de esta ley, el artículo 248 contemplaba penas de suspensión y multa, sin prever alguna sanción privativa de libertad. La modificación agregó a aquellas penas la de reclusión menor en su grado mínimo.

b) Establecimiento de una pena privativa de libertad en la figura de soborno asociado al artículo 248. Como contrapartida del hecho de que antes de esta ley la figura básica de cohecho no contemplaba alguna pena privativa de libertad, el soborno asociado al artículo

---

<sup>15</sup> En este sentido, OLIVER (2005), p. 107, n. 79.

<sup>16</sup> Véase OLIVER (2003), pp. 50-51.

<sup>17</sup> OLIVER (2003), p. 51.

248 tampoco preveía una sanción de esta naturaleza. La modificación legal, junto con establecer una pena privativa de libertad en la figura básica de cohecho, incorporó la misma pena en el soborno asociado a dicha figura básica (art. 250 inc. 2°). Pero lo hizo solo para el caso de ofrecimiento de un beneficio; la hipótesis de consentir en darlo siguió estando sancionada únicamente con penas no privativas de libertad, en armonía con el hecho de que esta última hipótesis es menos grave que aquella.

c) Incremento de las penas privativas de libertad en la figura agravada de cohecho del artículo 248 bis y en el soborno asociado a dicha figura. Antes de esta ley, el tipo agravado de cohecho del artículo 248 bis establecía, además de inhabilitación y multa, una pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Esta pena privativa de libertad fue aumentada a reclusión menor en su grado medio. Como contrapartida, la pena privativa de libertad que el artículo 250 preveía para el soborno asociado a dicho tipo agravado fue incrementada, pero solo en el caso del ofrecimiento de un beneficio, aumentándola desde reclusión menor en sus grados mínimo a medio a reclusión menor en su grado medio, nuevamente, en atención a la mayor gravedad del ofrecimiento de un beneficio que del consentir en darlo.

d) Establecimiento de la posibilidad de incrementar la pena privativa de libertad en el soborno asociado a la figura agravada de cohecho del artículo 249. Con anterioridad a esta modificación legal, en el caso del soborno asociado al artículo 249 (art. 250 inc. final), para determinar la pena privativa de libertad aplicable al sobornante, ninguna importancia tenía discernir cuál era el concreto delito ministerial cometido por el funcionario, ya que la ley indicaba que “el sobornante no podrá ser sancionado, adicionalmente, por la responsabilidad que le hubiere cabido en el crimen o simple delito cometido por el funcionario”. Lo único relevante era distinguir según si el sobornante había ofrecido un beneficio o si había consentido en darlo, pues a partir de la reforma del 2002, para el primer caso se establecía una pena mayor que para el segundo (reclusión menor en su grado medio y reclusión menor en sus grados mínimo a medio, respectivamente). La nueva modificación legal vino a aumentar la pena privativa de libertad del sobornante para los supuestos en que, por el crimen o simple delito cometido por el funcionario, a aquél le correspondiera una pena mayor, en cuyo caso debía aplicarse esta última.

e) Creación de un nuevo párrafo para regular el delito de cohecho a funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales y modificaciones en su estructura típica. Antes de esta ley, la figura de cohecho a funcionario público extranjero se encontraba regulada dentro del párrafo 9 del Título V del Libro Segundo del CP (arts. 250 bis A y 250 bis B), junto con el cohecho doméstico, y su estructura típica era similar a la del soborno, ya que los comportamientos punibles que alternativamente contemplaba la ley eran “ofrecer dar” y “consentir en dar un beneficio”, beneficio que debía ser económico. La modificación legal derogó los artículos 250 bis A y 250 bis B e intercaló en el mismo Título un nuevo párrafo 9 bis —con la declarada finalidad de superar la crítica que la doctrina formulaba contra la anterior ubicación del delito—,<sup>18</sup> cuyo epígrafe reza “Cohecho a Funcionarios

---

<sup>18</sup> Véase, en la tramitación parlamentaria de la Ley N° 20.341, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 13 de enero de 2009, recaído en el correspondiente proyecto

Públicos Extranjeros”, con dos artículos destinados a regular la figura (arts. 251 bis y 251 ter). Además, agregó dos nuevos verbos rectores alternativos: “prometer” y “dar” un beneficio, y estableció la posibilidad de que el beneficio fuera de cualquier naturaleza, no solo económico.<sup>19</sup>

#### **1.4. Ley N° 20.730, de 2014**

Cinco años después de la anterior, la Ley N° 20.730, que reguló el *lobby*, modificó nuevamente la regulación del cohecho, con la finalidad de aumentar las penas de algunas de sus figuras. En particular, las modificaciones fueron las siguientes:

a) Incremento de las penas de inhabilitación. Antes de esta ley, las figuras agravadas de cohecho de los artículos 248 bis y 249 contemplaban, además de las penas privativas de libertad y de multa, penas de inhabilitación alternativas, que podían ser especiales para un cargo u oficio públicos, o bien absolutas para cualquier cargo u oficio públicos. La nueva modificación suprimió las penas de inhabilitación especial, de modo que la inhabilitación pasó a ser siempre absoluta, para todo cargo u oficio públicos.

b) Aumento de las penas privativas de libertad en el soborno asociado al artículo 248 bis. La Ley N° 20.341 había incrementado las penas privativas de libertad del soborno asociado a la figura agravada de cohecho del artículo 248 bis, pero solo lo había hecho en el caso del ofrecimiento de un beneficio, no en el supuesto de consentir en darlo. La nueva modificación vino a aumentar la pena privativa de libertad de esta última hipótesis, incrementándola desde reclusión menor en su grado mínimo a reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

#### **1.5. Ley N° 21.121, de 2018**

Finalmente, cuatro años después de la anterior, la Ley N° 21.121 volvió a introducir cambios en materia de cohecho. A pesar de la amplitud de su nombre (Ley que “modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción”), lo cierto es que las modificaciones que ella hizo, en general, se dirigieron solo al último de los objetivos declarados, es decir, a la persecución de la corrupción, tanto pública, como privada, no tanto a su prevención ni a su detección. En efecto, en general, los cambios efectuados por esta ley, que, en su gran mayoría, fueron hechos solo en el CP (salvo algunas modificaciones en la Ley N° 20.393, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en la Ley N° 19.913, en materia de lavado y blanqueo de activos), se tradujeron, entre otras, en las siguientes cuestiones:

---

de ley (Boletín N° 5725-07). En todo caso, la subsistencia del delito dentro del mismo Título V no permite dar por superada la crítica.

<sup>19</sup> La incorporación de los nuevos verbos rectores y la ampliación de la naturaleza del beneficio correspondieron a recomendaciones efectuadas al Estado de Chile por la OCDE. Sobre el tema, puede verse FERNÁNDEZ (2010), pp. 66-67.

a) Creación de nuevos delitos. La ley tipificó el delito de cohecho en razón del cargo (art. 248 inc. 1°) y una modalidad de soborno asociado a ese nuevo delito (art. 250 inc. 1° primera parte), además de otras nuevas figuras delictivas.<sup>20</sup>

b) Ampliación de la estructura típica de algunos delitos. La ley estableció la posibilidad de que, en el nuevo delito de cohecho en razón del cargo (art. 248 inc. 1°), en las figuras básica<sup>21</sup> y agravadas del cohecho tradicional (arts. 248 inc. 2°, 248 bis y 249) y en el soborno (art. 250), el beneficio pueda ser de cualquier naturaleza, no solo económico. Además, en este último delito, la ley incorporó una referencia a dar un beneficio, como conducta típica alternativa a las ya existentes de ofrecer o consentir en darlo.

c) Aumento de las penas de algunos delitos. La ley incrementó las sanciones de las figuras básica y agravadas de cohecho tradicional (arts. 248 inc. 2°, 248 bis y 249), del soborno (art. 250) y del cohecho a funcionario público extranjero (art. 251 bis), además de las penas de otros delitos ministeriales.<sup>22</sup>

d) Establecimiento de una eximente de responsabilidad. La ley creó, para el nuevo delito de cohecho en razón del cargo (art. 248 inc. 1°), para la figura básica de cohecho tradicional (art. 248 inc. 2°), para el soborno asociado a aquellos delitos (art. 250 incs. 2° y 3°) y para el cohecho a funcionario público extranjero (art. 251 bis), una nueva eximente consistente en que el beneficio aceptado, dado u ofrecido sea oficial o protocolar, o de escaso valor económico y autorizado por la costumbre como manifestación de cortesía y buena educación (art. 251 sexies).

e) Establecimiento de nuevas penas. La ley creó la pena de inhabilitación para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que este tenga una participación mayoritaria, o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública (arts. 39 quáter y 251 quáter).

f) Creación de nuevas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. La ley estableció, específicamente para el nuevo delito de cohecho en razón del cargo (art. 248 inc. 1°) y para las figuras básica y agravadas de cohecho tradicional (arts. 248 inc. 2°, 248 bis y 249), además de para el delito de exacción ilegal (art. 241), nuevas hipótesis agravatorias de

---

<sup>20</sup> Como la corrupción entre particulares (arts. 287 bis y 287 ter) y la administración desleal o fraudulenta (art. 470 N° 11).

<sup>21</sup> La ubicación y la estructura típica del nuevo delito de cohecho en razón del cargo hacen que pierda sentido continuar denominando al delito de cohecho actualmente recogido en el inciso segundo del artículo 248, como figura básica de cohecho del funcionario público, ya que en realidad es la nueva figura la que ha pasado a ser sistemáticamente básica respecto de las demás formas de cohecho del empleado. En este sentido, véase MAÑALICH (2020), p. 419. No obstante, por la fuerza de la costumbre y para una mejor comprensión de su contenido, en este trabajo se seguirá utilizando la denominación de figura básica de cohecho del funcionario para aludir al delito previsto en el inciso segundo del artículo 248.

<sup>22</sup> Como la malversación (arts. 233 y 235), la negociación incompatible (art. 240) y la exacción ilegal (art. 241).



responsabilidad (artículo 251 quinquies), junto con otras nuevas circunstancias modificatorias<sup>23</sup> aplicables a un número mayor de delitos funcionarios.

g) Alteración de las reglas generales sobre prescripción de la acción penal derivada del cohecho y de otros delitos ministeriales. La ley estableció una causa de postergación del inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal de ciertos delitos funcionarios hasta que el empleado público que haya intervenido cese en su cargo o función (art. 260 bis).

## **2. Modificaciones efectuadas por la Ley N° 21.121 en materia de cohecho, que merecen valoración positiva**

Varias de las modificaciones realizadas por la Ley N° 21.121 en el ámbito de los delitos de cohecho merecen una valoración positiva. A continuación, se detallan algunas de ellas y se explica la razón de dicha apreciación.

### **2.1. Corrección de una desarmonía penológica entre la exacción ilegal y la figura básica de cohecho doméstico**

Una valoración positiva merece el cambio introducido en la figura de exacción ilegal del artículo 241, figura que un sector de la doctrina nacional concibe como una modalidad agravada de cohecho.<sup>24</sup> Antes de la Ley N° 21.121, la exacción ilegal sancionaba solo con penas de multa y de inhabilitación para cargos u oficios públicos al empleado público que *exigía* mayores derechos de los que le estaban señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le estaban señalados derechos; no se preveía ninguna pena privativa de libertad. En cambio, en el artículo 248, que describía una conducta muy similar, pero de menor lesividad, ya que sancionaba al empleado público que no exigía, sino simplemente *solicitaba* más derechos que los que le estaban señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le estaban señalados derechos, sí contemplaba, además de multa y suspensión, una pena privativa de libertad. La desarmonía penológica era evidente,<sup>25</sup> pues se castigaba con cárcel el comportamiento menos grave (solicitar) y sin cárcel el más grave (exigir).<sup>26</sup> Esta desarmonía se produjo tras una modificación efectuada en esta materia, con cierto descuido, por la Ley N° 20.341, que incorporó en la figura básica de cohecho doméstico una pena privativa de libertad, pero no lo hizo en el tipo de exacción ilegal. Tuvieron que pasar casi diez años para que tal desarmonía fuera corregida. Tras la última modificación legal, por fin, la exacción

---

<sup>23</sup> Como la agravante consistente en formar parte de una agrupación u organización destinada a cometer ciertos delitos funcionarios, que no constituya una asociación ilícita (art. 260 ter) y la atenuante de cooperación eficaz (art. 260 quáter).

<sup>24</sup> Véase MATUS y RAMÍREZ (2019), pp. 453-454, quienes identifican esta figura delictiva con el nombre “concusión” y la examinan a propósito del cohecho.

<sup>25</sup> Por todos, denunciando esta desarmonía, véase OLIVER (2012), pp. 31-32.

<sup>26</sup> Véase GARCÍA (2019b), p. 157, quien, no obstante, advertía algún grado de razonabilidad en esta diferencia penológica, aludiendo a cierta “idoneidad distorsionadora de la función pública que está detrás del acuerdo ilícito y que no se expresa en la mera exacción ilegal y su más intensa conducta”. En relación con la diferencia entre exigir (art. 241) y solicitar (art. 248), puede verse CONTRERAS (2001), pp. 169-182.

ilegal se sanciona más severamente que la figura básica de cohecho tradicional del funcionario público.

## **2.2. Solución de una incoherencia entre las penas del funcionario y del particular en la figura agravada de cohecho del artículo 249 y el soborno asociado a esa figura**

Una valoración positiva merece también la nueva previsión expresa de una pena privativa de libertad para el funcionario en la modalidad agravada de cohecho del artículo 249 (solicitud o aceptación de un beneficio para cometer ciertos delitos funcionarios). Como es sabido, hasta antes de la Ley N° 21.121, esta figura agravada de cohecho no contemplaba una pena privativa de libertad, sino solo una inhabilitación para cargos u oficios públicos y una multa; preveía pena de cárcel únicamente para el caso en que el funcionario cometiera el concreto delito ministerial. En cambio, el artículo 250, para el soborno asociado al artículo 249 (ofrecimiento o consentimiento en dar un beneficio para que el empleado cometa ciertos delitos funcionarios), sí preveía pena de cárcel (además de inhabilitación y multa). Esto producía una situación inaceptable: se castigaba más severamente al particular que al funcionario, a pesar de que este posee ciertos deberes que aquél no tiene.<sup>27</sup> Para evitar este problema, un sector de la doctrina nacional<sup>28</sup> proponía efectuar una interpretación restrictiva del artículo 250, que permitiera concluir que la pena privativa de libertad que este contemplaba para el particular que ofrecía o consentía en dar un beneficio a un empleado para que cometiera ciertos delitos funcionarios, solo se aplicara si el empleado efectivamente cometía el delito funcionario. La Ley N° 21.121 vino a poner fin a este problema, contemplando expresamente pena de cárcel para la figura agravada de cohecho del artículo 249.

## **2.3. Corrección de una desarmonía penológica entre las formas agravadas de cohecho antecedente no sucedidas del acto o de la omisión que motivan el beneficio**

La expresa previsión de pena privativa de libertad que se acaba de comentar, vino a solucionar otra evidente desarmonía penológica que existía entre las formas agravadas de cohecho antecedente del funcionario, cuando no se llegaba a ejecutar el acto o a incurrir en la omisión que motivaba la solicitud o aceptación del beneficio. En la figura agravada de cohecho antecedente del artículo 248 bis (solicitud o aceptación de un beneficio para omitir un acto debido propio del cargo o para ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo), se contemplaba una pena privativa de libertad, junto con inhabilitación y multa, aun cuando en definitiva no se incurriera en la omisión ni se ejecutara el acto. En cambio, en la figura agravada de cohecho antecedente del artículo 249 (solicitud o aceptación de un beneficio para cometer ciertos delitos ministeriales), si el correlativo delito funcionario no se cometía, solo se preveía la aplicación de penas de inhabilitación y multa. La crítica resultaba casi obvia. Para la ley parecía más grave que un funcionario solicitara o aceptara un beneficio económico para omitir un acto debido propio de su cargo o para ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo, que para cometer un delito ministerial en el ejercicio de su cargo, ya que en el primer caso contemplaba una pena privativa de libertad y en el segundo

---

<sup>27</sup> Véase esta crítica en OLIVER (2003), pp. 51-52.

<sup>28</sup> OLIVER (2005), p. 109.

no.<sup>29</sup> La Ley N° 21.121 solucionó este problema, previendo expresamente una sanción privativa de libertad para este último supuesto.

#### **2.4. Superación de un vacío punitivo en el delito de soborno**

Un comentario positivo merece también la decisión legislativa de incorporar en la figura de soborno (art. 250), como verbo rector alternativo a los ya existentes de ofrecer y consentir en dar un beneficio, el de darlo. La inclusión de esta nueva conducta de soborno tipificó un comportamiento que no estaba sancionado en la ley. Para corroborarlo, basta con constatar que, como se ha explicado más arriba, la Ley N° 20.341, que modificó el tipo de cohecho a funcionario público extranjero, incorporó en esta última figura, como verbos rectores alternativos a los que ya contemplaba (ofrecer y consentir en dar), los de prometer y dar. En la historia fidedigna del establecimiento de la citada Ley N° 20.341, se dejó constancia de que los nuevos verbos rectores daban cuenta de conductas que no habrían estado comprendidas en la regulación anterior.<sup>30</sup> Por lo que respecta al verbo prometer, no me parece que efectivamente haya sido así, ya que su sentido natural y obvio, según su uso general, coincide con el de ofrecer; creo que prometer y ofrecer un beneficio significan lo mismo, o al menos, que quien promete un beneficio, también lo ofrece, por lo que no era necesario incluir el verbo prometer. Por algo, en la ampliación que ahora se hizo de los verbos rectores alternativos en el tipo de soborno (art. 250), no se incluyó el de prometer. En cambio, dar un beneficio sí tiene un significado distinto de ofrecerlo; es perfectamente posible dar un beneficio sin haberlo ofrecido previamente, como ocurriría, por ejemplo, si sin antes comunicárselo a un funcionario, se depositara una suma de dinero en su cuenta corriente bancaria a través de una transferencia electrónica; en un caso así, no se está ofreciendo nada, sino que se está entregando algo.<sup>31</sup> Pues bien, por estas razones, puede afirmarse que la inclusión del verbo *dar*, que en el tipo de soborno efectuó la Ley N° 21.121, cubre conductas que no se encontraban comprendidas, por lo que la reciente modificación legal ha venido a llenar un vacío en esta materia. Así se lo dijo durante la tramitación parlamentaria de esta última ley.<sup>32</sup> Una cosa distinta es que, antes de esta ley, en cualquier causa penal por soborno, la comprobación de un comportamiento consistente en dar un beneficio a un funcionario, haya podido servir para inferir su previo ofrecimiento o la acción de haber consentido en darlo, únicas conductas del particular que eran típicas para efectos de este delito.

#### **2.5. Actualización de la terminología en la figura privilegiada de soborno**

También merece una valoración positiva el cambio introducido en el artículo 250 bis. Esta disposición, que consagra una figura privilegiada de soborno, al ordenar imponer solo una

---

<sup>29</sup> Así, OLIVER (2012), pp. 35-36.

<sup>30</sup> Así fluye de la lectura del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 6 de agosto de 2008, recaído en el proyecto que dio origen a la Ley N° 20.341 (Boletín N° 5725-07).

<sup>31</sup> En el mismo sentido, véase OLIVER (2012), pp. 36-38.

<sup>32</sup> Véanse el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, de 4 de octubre de 2017, y el Informe de la Comisión Mixta, de 22 de octubre de 2018, recaídos ambos en el proyecto que dio origen a la Ley N° 21.121 (Boletín N° 10.739-07). Disponible en: <https://tinyurl.com/yhz4sx25>, [visitado el 19/11/2021], pp. 100-101, 225.

pena de multa en ciertos casos de soborno efectuado en un proceso criminal para favorecer al penalmente perseguido, empleaba una terminología propia del antiguo sistema de procedimiento penal, pues aludía al “procesado” como la persona en cuyo favor tenía lugar el ofrecimiento o el consentimiento en dar un beneficio. Tal nomenclatura originaba el problema de determinar si la figura era o no aplicable en el actual sistema procesal penal. Dicho problema se suscitó con la Ley N° 19.806, de 2002, la denominada “ley adecuadora”, que modificó una serie de códigos y leyes de la República para ajustarlos al entonces nuevo sistema procesal penal, sustituyendo en diversos cuerpos legales las antiguas alusiones al “procesado” por referencias al “imputado”, pero olvidando cambiar el texto del artículo 250 bis. Aun cuando el problema no era irresoluble, porque era posible interpretar la disposición en el sentido de que la figura sí era aplicable en el actual sistema procesal penal,<sup>33</sup> la reciente modificación legal puso término al problema, sustituyendo en el referido precepto la voz “procesado” por el vocablo “imputado”.

### **3. Modificaciones en materia de cohecho que merecen una valoración negativa**

Sin embargo, la Ley N° 21.121 también realizó algunas modificaciones en materia de cohecho que resultan criticables, por lo que su valoración no puede ser positiva. A continuación, se examinan algunas de ellas.

#### **3.1. Incoherencia entre la figura básica de cohecho doméstico y el delito de exacción ilegal, desde el punto de vista de la naturaleza del beneficio solicitado o exigido**

Provoca perplejidad el hecho de que se haya decidido tipificar la conducta de un funcionario público consistente en *solicitar* un beneficio de cualquier naturaleza, no solo económica, para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos (art. 248 inc. 2°), y que, en cambio, cuando con el mismo fin el funcionario *exige* un beneficio, este solo pueda ser económico (art. 241). Esto último obedece a que la posibilidad de que el beneficio pueda ser de naturaleza no económica, que fue incorporada en la figura básica de cohecho del artículo 248, al igual que en las restantes formas de cohecho, no fue incluida en la exacción ilegal del artículo 241, lo que invita a pensar en la posible atipicidad del comportamiento de un empleado público que para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, exige un beneficio no económico, por ejemplo, un favor honorífico,<sup>34</sup> salvo que se considere que quien exige también solicita, por lo que podría eventualmente aplicarse la figura de cohecho del artículo 248 inciso 2°. En cualquier caso, considerando que, como se explicó más arriba, el artículo 241 fue modificado por la Ley N° 21.121, incorporando una pena privativa de libertad mayor que la prevista en la figura básica de cohecho del funcionario, para solucionar una desarmonía penológica, sería conveniente que dicho precepto se modificara nuevamente, para incluir en forma expresa los beneficios de naturaleza no económica y solucionar así esta nueva incoherencia.

---

<sup>33</sup> Así, OLIVER (2012), p. 39.

<sup>34</sup> Si el favor exigido por el funcionario fuera de naturaleza sexual, podría configurarse la figura delictiva de abuso contra particulares del artículo 258, siempre que el destinatario de la exigencia tuviese alguna pretensión pendiente de la resolución del empleado.

### 3.2. Nuevo vacío en la figura básica de cohecho doméstico

La inclusión, en la regulación del cohecho, de los beneficios de naturaleza no económica, con independencia de las dificultades que supone su delimitación más allá de los supuestos comúnmente admitidos, como los favores honoríficos y los de carácter sexual, y abstracción hecha del único fin buscado por el legislador con dicha inclusión —según se desprende del examen de la historia del establecimiento de la ley—,<sup>35</sup> fin consistente solo en uniformar la regulación del cohecho doméstico con la del cohecho a funcionario público extranjero, la que ya aludía a beneficios de cualquier naturaleza, produce un aumento del casuismo en materia de cohecho y genera nuevos e indeseables vacíos. Imagínese, por ejemplo, el caso de un funcionario que, estando facultado para cobrar ciertos derechos para ejecutar un acto propio de su cargo (verbigracia, un notario), junto con solicitarlos o aceptarlos en la cuantía justa que el ordenamiento jurídico permite, solicita o acepta un beneficio adicional de naturaleza no económica. En un caso así, no sería posible aplicar la figura básica de cohecho tradicional del empleado público (art. 248 inc. 2°), porque no se verificaría ninguna de las dos hipótesis que alternativamente la ley prevé: el funcionario no estará solicitando o aceptando mayores derechos que los señalados por razón del cargo (exigencia del primer supuesto legal), y el beneficio adicional de naturaleza no económica no estará siendo solicitado o aceptado para ejecutar un acto en razón del cual no están señalados derechos (exigencia del segundo supuesto legal). He aquí, entonces, un aparente vacío producido por la reciente modificación legal. Con todo, debe reconocerse que la nueva figura de cohecho en razón del cargo (art. 248 inc. 1°), que se examina más adelante, eventualmente podría servir para cubrir un caso como el planteado.

### 3.3. Modificación carente de todo efecto en materia de inhabilitación

Llama negativamente la atención el hecho de que la Ley N° 21.121 efectúe una modificación que no produce efecto alguno. Es el caso de la sustitución del inciso segundo del artículo 248 bis por un nuevo inciso segundo. Se contempla allí la modalidad agravada de cohecho del funcionario que se verifica al solicitar o aceptar un beneficio para ejecutar un acto con infracción a los deberes del cargo, cuando esta infracción consiste en ejercer influencia en otro empleado para obtener de este una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado. Pues bien, el cambio que la ley hizo consistió en indicar que la pena privativa de derechos aplicable junto con la reclusión y la multa, en vez de ser “inhabilitación absoluta para cargo u oficio público, perpetua”, pasó a ser “inhabilitación absoluta para *cargos u oficios públicos*, perpetua”. Como puede apreciarse, la única diferencia entre el texto legal anterior y el actual radica en la singularidad o pluralidad de la referencia al cargo u oficio público que el funcionario queda inhabilitado para ejercer. Tal diferencia, empero, no se traduce en ningún cambio sustancial en el alcance de la disposición. Aunque el texto aludía, en singular, al cargo u oficio público, era evidente que, por tratarse de una inhabilitación *absoluta*, no de una especial, la pena abarcaba *todos* los cargos u oficios

---

<sup>35</sup> Véase la moción parlamentaria de los senadores De Urresti, Larraín, Harboe, Espina y Araya, de 8 de junio de 2016, que dio inicio a la tramitación de la Ley N° 21.121 (Boletín 10.739-07). Disponible en: <https://tinyurl.com/yhz4sx25> [visitado el 19/11/2021], p. 5.

públicos, no solo el que específicamente estuviera sirviendo el condenado o algún otro cargo u oficio público en particular (arts. 38 y 39). Así las cosas, la modificación no tiene ningún sentido. El descuido del legislador en este punto ha sido notable.

#### **3.4. Subsistencia de la atipicidad del cohecho subsiguiente en la figura agravada de cohecho del artículo 249**

En otro orden de ideas, no se aprovechó la oportunidad que ofrecía la tramitación parlamentaria de la Ley N° 21.121 para poner término a la falta de tipificación del cohecho subsiguiente en la figura agravada de cohecho del artículo 249,<sup>36</sup> a pesar de que durante buena parte de la tramitación del proyecto se trató de colmar dicho vacío.<sup>37</sup> Esta figura sigue poniéndose solo en el caso de que se solicite o acepte un beneficio para cometer un delito funcionario, y no en el caso de que se lo pida o acepte por haberlo cometido. De este modo, sigue presente el contrasentido de que el legislador parece estimar más grave la conducta de un empleado que solicita o acepta un beneficio por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, conducta expresamente tipificada (art. 248 inc. 2°), o por haber omitido un acto debido propio de su cargo o haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, conducta también tipificada (art. 248 bis), que el comportamiento del funcionario que solicita o acepta un beneficio por haber cometido un delito ministerial. Este último comportamiento sería impune por atípico, al no estar contemplado en el artículo 249, salvo que pueda considerarse que, por haberse cometido el delito funcionario de que se trate, se ha solicitado o aceptado un beneficio por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo que el empleado detenta, siendo entonces aplicable el artículo 248 bis.<sup>38</sup>

#### **3.5. Eliminación de la diferencia de pena según la clase de conducta en el cohecho a funcionario extranjero**

Una valoración negativa merece también, en la figura de cohecho a funcionario extranjero (art. 251 bis), la supresión de la diferencia de pena que existía según cuál fuera la conducta del sujeto activo. Como se recordará, si este ofrecía, prometía o daba a un funcionario público extranjero un beneficio para obtener o mantener un negocio o ventaja indebido en el ámbito de una transacción internacional, se imponía una pena mayor que la que correspondía aplicar si el sujeto activo se limitaba a consentir en dar el beneficio con la referida finalidad. El fundamento de esta diferencia penológica era razonable y radicaba en que se estimaba más grave la primera hipótesis que la segunda, ya que en esta última el destinatario de la petición del funcionario extranjero más bien cede ante una presión. Pues bien, tal diferencia penológica ha desaparecido, previéndose ahora la misma pena para las cuatro modalidades alternativas de comisión delictiva. Esta supresión de la diferencia de penas obedeció a una recomendación formulada por la OCDE. Sin embargo, dicha sugerencia no se fundaba en que fuera incorrecto *per se* el establecimiento de tal diferencia penológica, sino en que, como

<sup>36</sup> Critican también el desaprovechamiento de esta oportunidad MATUS y RAMÍREZ (2019), p. 454.

<sup>37</sup> Véanse la ya mencionada moción parlamentaria y el ya referido Informe de la Comisión Mixta. Disponible en: <https://tinyurl.com/yhz4sx25> [visitado el 19/11/2021], pp. 6 y 223.

<sup>38</sup> Véase MAÑALICH (2018), p. 108, quien niega la existencia de un vacío de punición en este punto, por entender que siempre será aplicable en estos casos el artículo 248 bis.

las penas del cohecho doméstico eran bajas y las sanciones del cohecho internacional debían ser equiparables a las del cohecho doméstico, la referida diferencia penológica llevaba a que, especialmente en el caso del consentir en dar un beneficio al funcionario extranjero, la sanción aplicable resultara demasiado exigua.<sup>39</sup> Así las cosas, la supresión de la diferencia penológica carece de justificación. Por algo en la figura de soborno (art. 250) se mantiene una diferencia de penas, según cuál sea el comportamiento del sujeto activo: si ofrece (o da) un beneficio, la pena es mayor que la aplicable si consiente en dar un beneficio.

### **3.6. Inexistencia de modificaciones en materia procesal penal**

Por último, llama la atención la ausencia de modificaciones introducidas por la Ley N° 21.121 para los delitos funcionarios, en general, y para el cohecho, en particular, en el ámbito procesal penal.<sup>40</sup> Se ha dicho, con razón a mi juicio, que, en la persecución eficaz del fenómeno de la corrupción, tanto o más importante que la normativa penal es la regulación procesal penal.<sup>41</sup> En relación con los delitos de cohecho, más allá de ciertas diligencias de investigación de carácter intrusivo, como la interceptación de comunicaciones telefónicas, posibles de ser aplicadas ahora como consecuencia del aumento de penas de algunas figuras de cohecho que han pasado a ser crímenes, y del intento de fortalecer las investigaciones de esos y otros delitos funcionarios a través de la atenuante de cooperación eficaz (art. 260 quáter), resulta extraño que no se haya previsto expresamente la posibilidad de utilizar otras diligencias intrusivas generalmente usadas en la persecución de las formas de criminalidad organizada.<sup>42</sup> Para ello, bien podría haberse utilizado como modelo el artículo 226 bis del Código Procesal Penal.

## **4. Modificaciones en materia de cohecho que generan nuevos problemas interpretativos**

Por último, la Ley N° 21.121 realizó modificaciones en materia de cohecho que pueden originar importantes problemas interpretativos. A continuación, se analizan solo algunas de ellas, destinando un mayor esfuerzo, por la relevancia del tema, al examen de los problemas que suscita la nueva figura de cohecho en razón del cargo.

---

<sup>39</sup> Así lo señaló, durante la tramitación parlamentaria de la Ley N° 21.121, el profesor de Derecho penal Héctor Hernández Basualto. Véase el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 7 de julio de 2016 (Boletín 10.739-07). Disponible en: <https://tinyurl.com/yhz4sx25> [visitado el 19/11/2021], p. 18.

<sup>40</sup> No considero aquí la incorporación del artículo 260 bis, que retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal en el cohecho y otros delitos funcionarios, atendida la naturaleza sustantiva que la abrumadora mayoría de la doctrina nacional atribuye a la prescripción. Por todos, véase CURY (2011), p. 800.

<sup>41</sup> Véase, por ejemplo, KUDLICH (2018), p. 200: “Por tanto, si se habla de una lucha efectiva contra la corrupción a través del Derecho penal, entonces no solo se deben incorporar las prohibiciones materiales y su alcance, sino, obviamente, también se tiene que indagar sobre su realidad procesal”. Véase también NIEVA (2013), pp. 1-22.

<sup>42</sup> Hizo ver este punto, durante la tramitación parlamentaria de la Ley N° 21.121, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, Jorge Abbott Charme. Véase el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 7 de julio de 2016 (Boletín 10.739-07). Disponible en: <https://tinyurl.com/yhz4sx25> [visitado el 19/11/2021], p. 17.

#### 4.1. Problemas derivados de la tipificación del nuevo delito de cohecho en razón del cargo

Probablemente, la modificación más trascendental en materia de cohecho, efectuada por la Ley N° 21.121, que origina problemas interpretativos, es la tipificación del denominado cohecho en razón del cargo (art. 248 inc. 1°). La decisión de sancionar este delito, cuya tipificación era propuesta por un sector de la doctrina,<sup>43</sup> bien podría ser criticada, a partir de la creencia, fundada en varias aseveraciones efectuadas en tal sentido durante la tramitación parlamentaria de la Ley N° 21.121,<sup>44</sup> de que su incorporación solo habría buscado solucionar un problema probatorio, especialmente tras la constatación de que en algunas causas penales en actual sustanciación muy conocidas sobre delitos de cohecho, ha sido difícil comprobar una vinculación entre el beneficio económico y *determinadas* acciones u omisiones del funcionario público, para ejecutar o por haber ejecutado las cuales tal beneficio fue solicitado, aceptado, ofrecido o consentido en dar.<sup>45</sup> Si tal fuera la finalidad de la modificación, valdría la pena reflexionar profundamente acerca de la corrección de esta decisión.<sup>46</sup>

En todo caso, dado que ya existía (y sigue existiendo), como ilícito administrativo de los empleados públicos, la infracción al principio de probidad administrativa consistente en “solicitar, hacerse prometer o aceptar, *en razón del cargo o función*, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza” (art. 62 N° 5 Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado), la creación de la nueva figura delictiva origina el problema interpretativo de determinar dónde estaría el límite que separa y distingue el ilícito administrativo del nuevo ilícito penal, o si acaso sería sostenible que el nuevo delito hubiera vaciado de contenido aquel ilícito administrativo.

---

<sup>43</sup> Así, HERNÁNDEZ (2016), pp. 15-27.

<sup>44</sup> Por ejemplo, durante tal tramitación parlamentaria, el senador Harboe expresó lo siguiente: “más allá de las loables intenciones de los autores de esta proposición, la formulación considerada tiene problemas. En primer lugar, se observa que su inclusión se debe nada más que a un problema procesal del persecutor la falta de la prueba de la contraprestación—, y no a un requerimiento sustantivo de la legislación penal, por lo que en la práctica su única utilidad será apoyar las investigaciones débiles y generar un incentivo perverso para que toda la persecución penal por estos ilícitos se haga por esta vía”. A su turno, el senador Allamand señaló que “el propósito de los autores de estas proposiciones es solucionar un problema de prueba que parece presentársele a menudo al Ministerio Público, relativo a la necesidad de acreditar en el juicio la contraprestación, y en buena medida estas formulaciones recurren en auxilio de esta deficiencia de la investigación”. Véase el Informe de la Comisión Mixta, de 22 de octubre de 2018, evacuado durante la tramitación parlamentaria del proyecto que dio origen a la Ley N° 21.121 (Boletín 10.739-07). Disponible en: <https://tinyurl.com/yhz4sx25> [visitado el 19/11/2021], pp. 211, 213-214.

<sup>45</sup> Es probable que la raíz del problema haya estado en la exigencia de un nivel exageradamente elevado de determinación de tales acciones u omisiones, formulada por la jurisprudencia nacional. Una relativización de dicha exigencia por nuestros tribunales, como la mostrada por la jurisprudencia alemana anterior a una modificación legal de 1997 en dicho país —que tipificó la denominada “aceptación de ventaja” (*Vorteilsannahme*)—, tal vez habría bastado para evitar la tipificación del nuevo delito. Véase dicha relativización por parte de la jurisprudencia alemana, en MAÑALICH (2018), pp. 114-116. También WILENMANN (2020), p. 319, n. 34.

<sup>46</sup> Así, OLIVER (2019). Esta preocupación también se advierte en países cuyas legislaciones penales han recogido una figura similar. Por ejemplo, en España, aludiendo al denominado “cohecho de facilitación”, VÁZQUEZ-PORTOMENE (2011), p. 154, n. 11, señala que “el fin del Derecho penal sustantivo en un Estado social y democrático de Derecho, [...] no puede ser el de cumplir una función de aligeramiento probatorio o de servicio a exigencias procesales”.



La tipificación de la nueva figura de cohecho en razón del cargo dificulta pero no lo impide, como lo explico más abajo— seguir manteniendo la opinión aparentemente dominante en la doctrina, en el sentido de que el bien jurídico atacado en el cohecho es el principio de imparcialidad como eje central del correcto funcionamiento de la administración del Estado.<sup>47</sup> En efecto, dado que la nueva figura prescinde de la exigencia subjetiva de que el beneficio se solicite o acepte por el funcionario para ejecutar o por haber ejecutado un acto, o para incurrir en una omisión o por haber incurrido en ella, no parece puesto en jaque el mencionado principio, ya que no se tiene a la vista ninguna actuación u omisión del empleado. Aparentemente, en relación con la imparcialidad, el nuevo tipo penal representa un excesivo adelantamiento de la barrera de protección del bien jurídico. A lo sumo, en una primera aproximación, se trataría solo de un atentado de escasa lesividad contra el principio de probidad,<sup>48</sup> cuyo castigo penal —recuérdese que ya recibía una sanción administrativa— resulta de dudosa legitimidad.

Además, dado que la figura de soborno (art. 250) no solo se encuentra vinculada con las figuras básica y agravadas de cohecho tradicional del funcionario, sino también con el nuevo delito de cohecho en razón del cargo, podrían producirse situaciones de soborno cuyo castigo se estime inaceptable. Verbigracia, imagínese el caso de un millonario filántropo, quien, a todos los funcionarios públicos del país que, por encontrarse asignados al último grado de la Escala Única de Sueldos de la Administración Pública, reciben una remuneración baja, en reconocimiento a la abnegada labor que ejercen, les ofrece, por una sola vez y al mismo tiempo para todos, una cantidad importante de dinero. O bien, supóngase el caso de una persona que siente una especial atracción sexual por quienes ejercen determinados cargos en la Administración del Estado, solo por ejercerlos, por lo que les envía mensajes ofreciéndoles relaciones sexuales. En ambos casos, las exigencias típicas del soborno asociado al artículo 248 inciso primero estarán satisfechas, pues se estará ofreciendo un beneficio a funcionarios públicos en razón de sus cargos, a pesar de que tales conductas no parecen mostrarse portadoras de lesividad para el bien jurídico que usualmente se estima atacado en el cohecho.

Sin embargo, como lo anuncié, esto no impide seguir identificando el principio de imparcialidad como el bien jurídico atacado en el delito de cohecho. Una tesis que continuara apreciando en el injusto de todo cohecho un atentado en contra de dicho principio, tendría que sostener, a partir del adelantamiento de la barrera de protección de ese bien jurídico que supone el nuevo delito de cohecho en razón del cargo, que para que este delito exista, algún peligro se debe verificar, aunque sea mínimo, para el principio de imparcialidad.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> En este sentido, en la doctrina nacional, véase RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2008), p. 330; ARTAZA (2016), p. 322; RIQUELME (2019), pp. 81-82. En la doctrina española, entre otros, puede verse RODRÍGUEZ (1999), p. 83; ORTIZ DE URBINA (2015), p. 365.

<sup>48</sup> Así lo señaló durante la tramitación parlamentaria de la Ley N° 21.121, el Secretario de la Corte Suprema, Jorge Sáez Martín. Véase el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 24 de enero de 2017 (Boletín 10.739-07). Disponible en: <https://tinyurl.com/yhz4sx25> [visitado el 19/11/2021], p. 44.

<sup>49</sup> En este sentido, pero aludiendo a la figura española de cohecho en consideración al cargo o función, tipificada en el artículo 422 del Código Penal de dicho país, NAVARRO (2018), p. 23: “Con la realización de la conducta típica (admisión de la dádiva o regalo) se pone en peligro (probabilidad objetiva de producción real del daño)

De este modo, no solo se torna innecesario abandonar el común entendimiento del delito de cohecho como una puesta en peligro del referido principio, sino que, además, se dispone de una herramienta útil para distinguir entre el ilícito administrativo del artículo 62 N° 5 de la Ley N° 18.575 y el nuevo delito de cohecho en razón del cargo, negando que este hubiera vaciado de contenido a aquél. Si al solicitar o aceptar el funcionario un beneficio en razón de su cargo no se viere puesto en peligro el principio de imparcialidad, ni siquiera mínimamente, solo se estará frente al mencionado ilícito administrativo. Si, en cambio, algún riesgo corriere dicho principio, se estará frente al señalado delito. Retomando el caso de la persona que siente una especial atracción sexual por ciertos funcionarios públicos solo por ejercer determinados cargos, habrá que examinar si hay alguna posibilidad de que aquellos empleados a quienes les envió mensajes ofreciéndoles relaciones sexuales, puedan incidir en intereses suyos. Si la hay, por ejemplo, porque se trata de un empresario de la construcción y los destinatarios de los mensajes son directores de obras municipales, el ofrecimiento configura un delito de soborno y su aceptación da lugar a un delito de cohecho en razón del cargo. Si no la hay, verbigracia, porque el remitente de los mensajes no se dedica a ninguna actividad que pueda verse beneficiada por los destinatarios, el ofrecimiento no es delictivo y su aceptación solo configura el mencionado ilícito administrativo.

Sendos argumentos esgrimidos a partir de una interpretación sistemática de la regulación del cohecho permiten apoyar lo aseverado. Por una parte, la circunstancia de que el nuevo delito de cohecho en razón del cargo haya sido incorporado como figura que inicia la regulación del cohecho (art. 248 inc. 1°), con una estructura típica muy similar a las que le suceden y con una penalidad inferior, la que se va incrementando gradualmente a medida que se avanza en el examen de las restantes figuras, sugiere que se trata de un delito que representa un atentado en contra del mismo bien jurídico que el cohecho tradicional. El mayor adelantamiento de la barrera de protección del (mismo) bien jurídico explica la menor pena que se le ha asignado.

Por otra parte, la Ley N° 21.121 también tipificó, como modalidad de cohecho a funcionario público extranjero (art. 251 bis), el soborno en razón del cargo del funcionario extranjero, figura delictiva que sanciona a quien ofrece, promete, da o consiente en dar un beneficio de cualquier naturaleza a un funcionario público extranjero, en razón del cargo que este detenta. Pero añadió la exigencia subjetiva de que ello se realice “con el propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales o de una actividad económica desempeñada en el extranjero”. La formulación de esta exigencia subjetiva sugiere con mucha fuerza que, para que se pueda cometer esta nueva modalidad de cohecho a funcionario público extranjero, es necesario que exista la posibilidad objetiva de que el funcionario extranjero pueda incidir en los intereses particulares de quien intenta sobornarlo. Carecería de sentido sancionar al sobornante por su deseo de obtener del funcionario extranjero una ventaja comercial indebida, si objetivamente no existiera la real posibilidad de que este favorezca los intereses de aquél. No se divisan razones sólidas para afirmar que esta posibilidad de incidencia en los intereses particulares

---

la imparcialidad y objetividad que debe presidir la gestión de las funciones públicas”. Similar, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE (2011), pp. 171-173.

no deba estar presente también en la figura de cohecho en razón del cargo del inciso primero del artículo 248, máxime si se tiene presente la existencia del referido ilícito administrativo contra la probidad (art. 62 N° 5 Ley N° 18.575), cuyos contornos conviene separar del nuevo ilícito penal.

También el nuevo artículo 251 sexies contribuye a reforzar este planteamiento. Según esta disposición, no se configura el delito de cohecho en razón del cargo (art. 248 inc. 1°), ni el soborno en razón del cargo (art. 250 inc. 1° primera parte e inc. 2°), ni el soborno a funcionario público extranjero en razón del cargo (art. 251 bis primera parte) —ni tampoco la figura básica de cohecho del funcionario (art. 248 inc. 2°), ni el soborno asociado a esta figura básica (art. 250 inc. 1° segunda parte e inc. 3°)— cuando se acepta, se da o se ofrece “donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación”. Este precepto establece algo muy parecido a lo que consagra el artículo 62 N° 5 de la Ley N° 18.575. Esta última norma, inmediatamente después de tipificar la ya citada infracción administrativa contra la probidad, señala que se exceptúan de la prohibición, “los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación”. Como puede advertirse, la principal diferencia entre ambas disposiciones se encuentra en la exigencia, para excluir el delito, de que los donativos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación sean de escaso valor económico, exigencia que no se formula para excluir el ilícito administrativo.<sup>50</sup> De ello puede colegirse que el criterio para distinguir el delito de la infracción administrativa es la posibilidad de incidencia en los intereses particulares y, consecuentemente, el peligro para el principio de imparcialidad. La exigencia, para excluir el delito, de que el valor económico sea escaso, demostraría que el núcleo del injusto penal radica en la potencialidad del comportamiento para afectar el mencionado principio. La pura infracción del principio de probidad solo permite configurar el ilícito administrativo.<sup>51</sup>

Esta propuesta evita, por lo demás, el riesgo de que se asiente una indeseable interpretación que entienda la nueva figura delictiva como “una mera infracción moral lesiva para el prestigio y confiabilidad de la institución”, posibilidad interpretativa que, en palabras de García Palominos, terminaría “por diluir el significado social y material del concepto de cohecho”.<sup>52</sup> El planteamiento de este autor, formulado durante la tramitación parlamentaria de la Ley N° 21.121, también procura distinguir entre el ilícito administrativo y la nueva

---

<sup>50</sup> Véase, sin embargo, TORRES (2019), p. 66, quien afirma que se trata de “una norma exactamente igual en sede penal y administrativa”.

<sup>51</sup> En un sentido similar, distinguiendo entre el delito de cohecho en consideración al cargo o función, tipificado en el artículo 422 del Código Penal español, y una infracción administrativa contra la probidad, véase BLANCO (2015), p. 12: “No deberían dar lugar a la aplicación del tipo penal aquellas invitaciones de pequeño valor a empleados públicos en el ámbito del patrocinio de actividades deportivas, culturales o de otro tipo entregadas por empresarios con los que no existe ninguna relación. A falta de otros datos que permitan deducir un riesgo de corrupción, el bien jurídico que debería resultar protegido centrado en la imparcialidad de los procedimientos administrativos no resulta ni siquiera puesto en peligro, por lo que se trata de una conducta atípica. No parece adecuado dar por sentado de que el empleado que acepta la invitación es un sujeto predispuesto a corromperse en el futuro. Esta actuación, penalmente atípica, quizás merezca algún tipo de sanción por vía disciplinaria, pero no penal”.

<sup>52</sup> GARCÍA (2019b), p. 137.

figura penal. Expresa que, para que se configure el delito, “se deberá exigir un contexto objetivo determinado y un nivel de conocimiento del contexto que permita imputar una deslealtad a la norma de conducta que ‘prohíbe comercializar la función pública’”.<sup>53</sup> Pero en términos que me parecen demasiado restrictivos, agrega que “debe existir *pendientes* gestiones potenciales en favor del privado susceptibles de manifestar deslealtad o desviación institucional”.<sup>54</sup> A mi juicio, aun cuando no exista una gestión pendiente en el momento en que se solicita, acepta, ofrece, da o consiente en dar un beneficio, en razón del cargo de un funcionario, el peligro de que “se venda” la función pública podría igualmente estar presente, cuestión que habrá que examinar caso a caso.

#### **4.2. Problemas derivados de la modificación de la estructura típica del cohecho a funcionario extranjero**

Otra modificación efectuada por la Ley N° 21.121, que también puede producir algunos problemas interpretativos, son los cambios realizados en el tipo de cohecho a funcionarios públicos extranjeros (art. 251 bis). Por una parte, se efectuaron en esta figura ciertas modificaciones que procuran ampliar su ámbito de aplicación. En esta dirección se orientan la eliminación del adjetivo “indebidos”, que calificaba los sustantivos “negocio o ventaja”, y la agregación, como alternativa a las “cualesquiera transacciones internacionales”, cuyo alcance acostumbra vincularse solo con importaciones y exportaciones,<sup>55</sup> de una referencia a “una actividad económica desempeñada en el extranjero”. Estos cambios tienen por finalidad facilitar la aplicación de la figura, la que, desde su tipificación en el año 2002, “ha tenido casi nula aplicación en la práctica”.<sup>56</sup>

Por otra parte, profundizando la homologación de la estructura típica de este delito a las figuras del cohecho doméstico,<sup>57</sup> se ha eliminado la referencia a una acción u omisión del funcionario público extranjero y, en su lugar, se han introducido alusiones a *actos propios del cargo* y a *infracciones a los deberes del cargo* del funcionario público extranjero. Pero esto origina nuevos problemas. En primer lugar, la inclusión de la frase “actos propios del cargo” permite trasladar a esta figura la antigua discusión suscitada a propósito de idéntica frase contenida en el artículo 248 (actualmente, en su inciso segundo), en cuanto a si debe ser interpretada en un sentido amplio o restringido.<sup>58</sup> Y, en segundo lugar, dicha expresión, al igual que la referencia a los deberes del cargo del funcionario público extranjero, para examinar la tipicidad de los hechos sometidos a juzgamiento en un caso concreto, obligarán a analizar la normativa extranjera que establece las atribuciones del funcionario público extranjero y los deberes del cargo que sirve, con las dificultades que ello conlleva. Como se comprenderá, esto podría provocar un efecto contrario al buscado con las modificaciones indicadas en el párrafo anterior, prolongando el déficit de aplicación práctica de la figura, algo que

---

<sup>53</sup> GARCÍA (2019b), p. 161.

<sup>54</sup> GARCÍA (2019b), p. 161 (las cursivas son mías).

<sup>55</sup> Véase el Informe de la Comisión Mixta, de 22 de octubre de 2018, evacuado durante la tramitación parlamentaria del proyecto que dio origen a la Ley N° 21.121 (Boletín 10.739-07). Disponible en: <https://tinyurl.com/yhz4sx25> [visitado 19/11/2021], p. 233.

<sup>56</sup> CARNEVALI y ARTAZA (2016), p. 67.

<sup>57</sup> Véase MATUS y RAMÍREZ (2019), p. 455, quienes señalan que la “reforma de 2018 a esta figura le resta su primitivo carácter excepcional, al convertirla en una extensión casi literal del Art. 250”.

<sup>58</sup> Para esta discusión, por todos, OLIVER (2005), pp. 100-101.

no es exclusivo de nuestra legislación.<sup>59</sup> En todo caso, es posible que la modalidad de cohecho en razón del cargo, que también se ha incluido en el artículo 251 bis, sea invocada en futuras causas penales por esta figura delictiva, con la finalidad de evitar las mencionadas dificultades.

### **4.3. Problemas derivados de la exención de responsabilidad establecida en el artículo 251 sexies**

Tras las primeras modificaciones de la regulación del cohecho en las dos últimas décadas, la doctrina nacional comenzó a debatir en torno a la posibilidad de utilizar consideraciones de adecuación social e insignificancia que impidieran entender configurado este delito.<sup>60</sup> La tipificación del nuevo delito de cohecho en razón del cargo hizo sentir la necesidad de consagrar positivamente una exención de responsabilidad basada en dichas consideraciones, incorporando el ya citado artículo 251 sexies.<sup>61</sup>

Si bien la incorporación de esta norma debe saludarse, porque permite excluir el castigo de comportamientos carentes de lesividad, puede originar algunos problemas interpretativos que dificulten su aplicación práctica. Uno de tales problemas consiste, a falta de definición legal, en distinguir entre los “donativos oficiales o protocolares” y “aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación”. Una buena manera de trazar la distinción es la que ha propuesto el Fiscal Nacional del Ministerio Público, en su oficio N° 472, de 29 de julio de 2020, quien ha señalado que donativos oficiales son “aquellos regalos que se reciben o entregan por detentar un cargo o función pública, y que se hacen en el marco de las relaciones interinstitucionales de dos o más organismos o servicios públicos (en un sentido amplio)”; que donativos protocolares son “aquellos que se reciben o entregan como parte de los ceremoniales diplomáticos o internacionales establecidos por la costumbre”, y que donativos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación son “aquellos que se entienden parte de los usos sociales, como los que se entregan con motivo del cumpleaños de una persona o de alguna celebración reconocida en la comunidad”.

Más allá de la delimitación de cada uno de estos supuestos, debe ponerse de relieve que, en su específica configuración, la ley ha tenido en cuenta no solo consideraciones de adecuación social, tal como lo hacía (y lo sigue haciendo) el ya citado artículo 62 N° 5 de la Ley N° 18.575 para infracciones administrativas al principio de probidad, sino también consideraciones de insignificancia. Pero estas últimas han sido recogidas solo dentro del ámbito de los regalos “que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación”. Ello origina otro problema interpretativo: el de determinar la forma en que se

---

<sup>59</sup> Véase SILVA (2018), p. 56: “Transcurridos quince años, ha tenido lugar la primera sentencia condenatoria (obtenida mediante la conformidad del acusado). Hasta ahora, fuentes de la OCDE habían mostrado su preocupación por el hecho de que en España no se persiguiera suficientemente la corrupción en las transacciones internacionales. Ahora, las mismas fuentes han manifestado su satisfacción por este primer fallo condenatorio. Por su parte, fuentes españolas han comentado asimismo su satisfacción, no tanto por la importancia del caso cuanto por el hecho de que España podrá exhibirlo en los foros internacionales”.

<sup>60</sup> Por todos, OLIVER (2005), pp. 98-99.

<sup>61</sup> Véase el Informe de la Comisión Mixta, de 22 de octubre de 2018, emitido durante la tramitación parlamentaria del proyecto que dio lugar a la Ley N° 21.121 (Boletín 10.739-07). Disponible en: <https://tinyurl.com/yhz4sx25> [visitado el 19/11/2021], p. 248.

relacionan ambas clases de consideraciones en el artículo 251 sexies.<sup>62</sup> A mi juicio, de su contenido es posible inferir tres cosas: por un lado, que, en el ámbito de los donativos oficiales o protocolares, para excluir el delito en aplicación de esta disposición, no es necesario que el donativo sea de escaso valor económico; por otro, que en el ámbito de los regalos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación, para excluir el delito en aplicación del mismo artículo, sí es necesario que el regalo sea de escaso valor económico, y, por último, que si se trata de regalos no autorizados por la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación, el hecho de que sean de escaso valor económico no impide que puedan configurar un delito de cohecho o soborno.

En todo caso, que en ciertas hipótesis no sea aplicable el artículo 251 sexies no necesariamente quiere decir que se configure el injusto del cohecho o soborno. Es perfectamente posible que consideraciones de adecuación social e insignificancia que no han sido expresamente recogidas en dicho artículo, impidan la configuración del delito. Es esto lo que sucede, por ejemplo, en el caso del funcionario que *solicita* un donativo de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestación de cortesía y buena educación (como un basurero o un cartero, con motivo de las celebraciones de navidad o año nuevo), y del particular que *consiente en darlo*. El hecho de que tal disposición solo aluda a los comportamientos de aceptar, dar u ofrecer donativos en ciertos casos basados en consideraciones de adecuación social e insignificancia, no impide excluir el delito cuando las conductas de solicitar o consentir en dar donativos se basan en las mismas consideraciones.<sup>63</sup>

## Conclusiones

A modo de síntesis conclusiva, puede afirmarse que varias de las modificaciones efectuadas al delito de cohecho por la Ley N° 21.121 merecen una valoración positiva, pues corrigen errores, omisiones o desarmonías que el propio legislador había provocado con reformas anteriores. Pero varias otras resultan criticables. Y algunas modificaciones originan nuevos problemas interpretativos con los que habrá que lidiar. Es altamente probable entonces, que más temprano que tarde, nos encontremos con otra modificación legal que venga a solucionar los nuevos inconvenientes, sin que se pueda descartar —un examen de las vicisitudes de la normativa de este delito en los últimos años así lo avala— que, a su vez, tal reforma origine nuevos problemas que tengan que ser solucionados, en esta interminable historia de modificaciones a la regulación del cohecho, cuya constante mutación perturba la seguridad jurídica.

---

<sup>62</sup> Además, debe considerarse el no despreciable problema consistente en determinar cuándo los donativos son de escaso valor económico y cuándo no. Este problema ha llevado a un sector de la doctrina extranjera a proponer que la ley señale expresamente una cuantía determinada. En este sentido, véase AOULAD BEN SALEM LUCENA (2018), p. 278.

<sup>63</sup> Parece reconocerlo, aunque estimándolo más difícil, TORRES (2019), p. 77, cuando, citando criterios doctrinales españoles que considera aplicables a la nueva figura de cohecho en razón del cargo, afirma que “[p]uede ser importante la distinción entre regalo “aceptado” y regalo “solicitado”, siendo más complejo excluir la tipicidad cuando se trata de un regalo solicitado por el funcionario público”.

### **Bibliografía citada**

- AOULAD BEN SALEM LUCENA, Abdeslam Jesús (2018): Reformas en el delito de cohecho tras las modificaciones legales de 2015. El regalo, adecuación social y los límites de la Ley de transparencia (Madrid, Dykinson).
- ARTAZA VARELA, Osvaldo (2016): “La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho”, en: *Política Criminal* (vol. 11, N° 21), pp. 307-339.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2018): Historia de la Ley N° 21.121. Modifica el código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción. Disponible en: <https://tinyurl.com/yz5hlpb9> [visitado el 19/11/2021].
- BLANCO CORDERO, Isidoro (2015): “Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos”, en: *La Ley Penal* (N° 113), pp. 1-18.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl; ARTAZA VARELA, Osvaldo (2016): “La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el Derecho Penal”, en: *Ius et Praxis* (año 22, N° 2), pp. 53-89.
- CONTRERAS ALFARO, Luis (2001): “Sobre algunos aspectos penales de la corrupción de funcionarios públicos. La iniciativa del funcionario en el cohecho pasivo”, en: *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* (año 2, N° 1), pp. 169-182.
- CURY URZÚA, Enrique (2011): *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (2008): “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del código penal español”, en: *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* (N° 74), pp. 199-223.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1998): *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo IV.
- FERNÁNDEZ ARACENA, Hernán (2010): “Análisis del delito de cohecho transnacional”, en: *Revista Jurídica del Ministerio Público* (N° 45), pp. 59-73.
- GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo (2019a): “El sepulturero: ¿Una propina como cohecho? SCA de Antofagasta, 16/12/2010, Rol N° 370/2010”, en: VARGAS PINTO, Tatiana (Dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte especial* (Santiago, DER Ediciones), pp. 181-202.
- GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo (2019b): “(In)compatibilidad del financiamiento ilegal de la actividad parlamentaria con el delito de cohecho (art. 248 y ss. CP)”, en: *Política Criminal* (Vol. 14, N° 27), pp. 122-172.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis (2017): “Esencia y clases del cohecho político”, en: GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Colectánea criminal. Estampas de la Parte especial del Derecho penal* (Buenos Aires – Montevideo, B de F), pp. 163-202.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2016): “La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho”, en: *Revista de Ciencias Penales* (vol. XLIII, N° 4), pp. 15-28.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo: “Juicio crítico sobre las últimas modificaciones legales al delito de cohecho (Ley N° 21.121)”.

- KUDLICH, Hans (2018): “Corrupción y proceso penal”, en: GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MONTIEL, Juan Pablo; SATZGER, Helmut (Eds.), Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción (trad. Darío Rolón, Madrid, Marcial Pons), pp. 195-209.
- KUHLEN, Lothar (2018): “El cohecho internacional según el Derecho penal alemán”, en: Gómez Martín, Víctor; Montiel, Juan Pablo y Satzger, Helmut (eds.), Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción (trad. Rolón, Darío, Madrid, Marcial Pons), pp. 67-80.
- LÓPEZ DE OÑATE, Flavio (1953): La certeza del derecho (trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin, Buenos Aires, EJEA).
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2020): Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno (Santiago, Thomson Reuters – Legal Publishing).
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2018): “El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Vol. 51), pp. 95-122.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2019): Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 3ª ed. (Valencia, Tirant lo Blanch).
- NAVARRO CARDOSO, Fernando (2018): El cohecho en consideración al cargo o función (Valencia, Tirant lo Blanch).
- NAVARRO CARDOSO, Fernando (2016). “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, en: Revista Electrónica de Ciencias Penal y Criminología (N° 18-25), pp. 1-40.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2013): “Proceso penal y delitos de corrupción”, en: InDret. Revista para el análisis del Derecho (N° 2), pp. 1-22.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2019): “Algunas reflexiones preliminares sobre los últimos cambios legales en materia de cohecho y otros delitos funcionarios”, en: El Mercurio Legal, martes 12 de febrero de 2019. Disponible en: <https://tinyurl.com/yzt2scju> [visitado el 19/11/2021].
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2016): “¿Atipicidad del cohecho de empleado público para infringir deberes funcionariales genéricos? A propósito de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 13 de junio de 2013, dictada en causa rol N° 2560 2013”, en: CÁRDENAS ARAVENA, Claudia; FERDMAN NIEDMANN, Jorge (coords.), El Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy (Santiago, Thomson Reuters – Legal Publishing), pp. 797-815.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2012): “Incoherencias y vacíos en la regulación del delito de cohecho”, en: Doctrina y Jurisprudencia Penal (N° 9), pp. 31-46.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2005): “Aproximación al delito de cohecho”, en: Revista de Estudios de la Justicia (N° 5), pp. 83-115.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2003): “Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley N° 19.829)”, en: Revista Chilena de Derecho (vol. 30, N° 1), pp. 39-53.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2015): “Delitos contra la Administración Pública”, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.), RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (Coord.), Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, 4ª edición (Barcelona, Atelier), pp. 357-386.



- RIQUELME PORTILLA, Eduardo (2019): El cohecho parlamentario (Navarra, Thomson Reuters – Aranzadi).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2008): Delitos contra la función pública, 2ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ PUERTA, María José (1999): El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno a funcionarios (Pamplona, Aranzadi).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2018): “Doce tesis sobre el delito de corrupción de funcionarios del art. 286 ter CP español”, en: GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MONTIEL, Juan Pablo; SATZGER, Helmut (Eds.), Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción (Madrid, Marcial Pons), pp. 55-66.
- TORRES FIGUEROA, Angélica (2019): “Modificaciones incorporadas por la Ley N° 21.121 al Código Penal: especial referencia al cohecho por la función, en razón del cargo o sin contraprestación”, en: Revista Jurídica del Ministerio Público (N° 76), pp. 59-77.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando (2011): “Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado ‘cohecho de facilitación’ (art. 422 CP)”, en: Revista de Derecho Penal y Criminología (N° 6), pp. 151-180.
- WILENMANN VON BERNATH, Javier (2020): “El derecho frente a la resistencia a la criminalización bajo el ejemplo de los delitos de corrupción”, en: Política Criminal (Vol. 15, N° 29), pp. 310-330.