

**PORMENORES TÍPICOS DEL DELITO DE ABUSO CONTRA PARTICULARES. ART. 258 DEL CÓDIGO PENAL. EN REFERENCIA A LA CAUSA RUC 0500284533-6**

Ignacio Piña Rochefort Abogado, Universidad Católica. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Penal, Universidad de los Andes.

Se me ha solicitado informar en Derecho acerca del alcance del delito de “abuso contra particulares” previsto y sancionado en el artículo 258 del Código Penal, en relación a la causa RUC 0500284533-6 sustanciada ante el Juzgado de Garantía de Puente Alto. El tipo contenido en dicho artículo 258 no ha recibido por parte de nuestra doctrina un tratamiento dogmático pormenorizado. En general, su análisis se ha contentado con mencionar algunos de los alcances de sus expresiones, pero de un modo extremadamente superficial, casi limitándose al análisis exegético-lingüístico. Probablemente sea este mismo vacío el que ha tenido como efecto que se pasen por alto algunas particularidades que lo hacen un delito extremadamente interesante desde la perspectiva de sus requisitos típicos.

**I. BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS FORMALIZADOS EN LA CAUSA RUC 0500284533-6**

En la causa de la referencia se encuentra formalizado don Víctor Enrique Cáceres Riquelme, Alcalde de San José de Maipú, por la eventual comisión de cuatro delitos de abuso contra particulares. Tomando como referencia los hechos consignados en la respectiva formalización, es posible poner a la vista las complejidades que presenta el tipo señalado.

**1. Hecho Nº 1**

S.D.M.L. en su calidad de presidenta del Centro General de Padres y Apoderados del colegio Julieta Becerra de San José de Maipo concurrió a mediados del año 2006 a la I. Municipalidad de San José de Maipo a entrevistarse con el alcalde don Víctor Cáceres Riquelme. El objeto de su visita consistía en solicitarle autorización para usar el colegio o en su defecto el estadio municipal para juntar fondos para el colegio. Al concurrir nuevamente al municipio con el fin de agilizar la autorización que requería el Centro de Padres y Apoderados del colegio en cuestión, fue recibida por el imputado en su oficina, quien luego de hacerla pasar cerró la puerta, encerrándola. En esas circunstancias el imputado habría realizado conductas de tipo amoroso y sexual hacia la víctima (besos cerca de la boca, etc.), diciéndole que siempre había estado enamorado de ella e indicándole textualmente “no te preocupes mi amor”, con lo cual (según la formalización que se ha tenido a la vista) sugería supeditar el acceso a la petición de la afectada en la medida que accediera a sus acciones o a sus conductas de tipo amoroso.

**2. Hecho Nº 2**

M.S.R.S. también a mediados del año en curso, concurrió en compañía de su hermana de iniciales B.R. a la I. Municipalidad de San José de Maipo para entrevistarse con el Alcalde y con el objeto de solicitarle una caja de alimentos, esto es, una canasta

familiar básica para su hermana, cuyo esposo se encontraba sin trabajo. El Alcalde en cuestión no habría accedido a la petición hasta que M.S.R.S. le manifestó que ella también necesitaba una canasta de alimentos. En ese momento el Alcalde habría aceptado la solicitud procediendo a indicarle a la víctima que estaba todo arreglado. Es así como el imputado antes de decidir entregarle el beneficio requerido tanto a la víctima como a su hermana habría hecho salir de la oficina a la hermana de iniciales B.R., quedándose solo con M.S.R.S. y cerrando la puerta con pestillo. En ese momentos habría señalado el imputado “que con esos ojos podía pedir todo lo que quisiera”, indicándole que le pidiera todo lo que quisiera, colocándose delante de la víctima y procediendo requerirla sexualmente con diversas acciones.

### **3. Hecho Nº 3**

V.E.C.G. —menor de edad— habría concurrido a la Municipalidad de Isla de Maipo en diversas oportunidades entre los días 28 de abril del año 2005 y 22 de agosto del 2005. El 30 de junio de 2005 se dirigió a la oficina de la alcaldía del imputado con el objeto de tomar conocimiento de la respuesta de la petición que había formulado a fines del mes de marzo, la cual se encontraba sin resolver a la fecha de los hechos. La petición consistía en una ayuda social para reparar la media agua en donde ella vive con su familia, que se estaba lloviendo en los meses de invierno. En esa oportunidad el imputado la habría hecho entrar a su oficina cerrando con pestillo la puerta. En ese momento la habría sentado en un sillón de su oficina diciéndole “que siente cosas muy bonitas por ella, que ella es muy bonita”, y realizando acciones (le toca las manos y la cara besándola en la boca) que sugieren actos de seducción. Posteriormente el día 28 de julio de 2005, la víctima habría regresado la oficina edilicia con el objeto de solicitarle al Alcalde ayuda social en dinero para comprar alimentos para ella y su grupo familiar. En dicha oportunidad el imputado la habría hecho entrar a la oficina cerrando la puerta con pestillo, sentándola en un sillón de cuero, realizando diversas acciones de contenido sexual (le toma las manos, la besa en la boca, etc.), entregándole el imputado la suma de \$20.000 pesos. Por último. el día 22 de agosto, la víctima habría concurrido nuevamente a la alcaldía con el objeto de conocer la decisión de su petición de asistencia social intentando el imputado repetir las acciones previamente acaecidas pero que no se materializaron, pues la menor lo habría increpado por la dilación de una respuesta. Ante ello el imputado habría llamado a algún funcionario, a quien le indica que debía llevar palas y nylon para reparar la casa. Adicionalmente, la menor le solicita la suma de \$5.000 pesos, los cuales le son dados por el imputado previamente de pedirle un beso en la boca.

### **4. Hecho Nº 4**

L.M.A.P. el día 26 de julio del año en curso, concurrió al municipio de San José de Maipo a entrevistarse con el Alcalde para solicitarle trabajo. En ese contexto habría hecho ingreso a la oficina del imputado quien cerrando la puerta la sienta en un sillón de cuero indicándole que “no es necesario que ella trabaje por cuanto era muy bonita” y que si ella estuviera con él lo tendría todo. En ese momento le habría tomado las manos haciéndole saber que de acceder a tener relaciones sexuales con él, le daría el trabajo que le pedía, ofreciéndole adicionalmente la suma de \$20.000 pesos en dinero en efectivo.

Según la formalización del Ministerio Público, los hechos descritos constituirían el delito de “abuso contra particulares” previsto y sancionado en el artículo 258 del Código Penal, en los que al imputado le corresponde participación en calidad de autor y estimando que el ilícito se encontraría en el grado de desarrollo de consumado.

## **II. PORMENORES TÍPICOS DEL DELITO DE ABUSO CONTRA PARTICULARES.**

### **1. El Delito de Abuso contra particulares como delito funcionario.**

#### **A. Generalidades.**

La propia ubicación del delito que se informa, situado en el Título V del Libro Segundo del Código Penal, esto es el “de los crímenes y simples delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos” da luces respecto de su primera particularidad típica. Ella consiste en que se trata de un delito que sólo puede ser ejecutado por un número restringido de personas (no es un delito común). De hecho, como todo *delito funcionario* sólo puede cometerse por aquellos que ostenten la cualidad de tal, pues sólo aquel que calce con la descripción contenida en el artículo 260 del Código Penal puede ser sujeto activo del delito de abuso contra particulares. Esta exigencia tiene como principales consecuencias (1) que terceros no funcionarios podrán tener participación a título de inductores, cómplices, encubridores, etc. pero nunca a título de autores o coautores (2) se trata de un delito especial propio, en que sólo la infracción de un deber relativo al ejercicio de la función pública es el criterio de imputación objetiva del hecho.

Luego, el abuso contra particulares es un delito de “infracción de deber” susceptible de comisión exclusivamente por parte de aquellos que cargan con deberes de protección de la función pública. El vínculo jurídico que genera ese deber es el nombramiento como funcionario, es él el que enlaza indisolublemente al sujeto del deber con la protección del bien jurídico. Sólo respecto de ellos existe dicha obligación, de modo que sólo el funcionario puede cometer una infracción relevante.

Que el delito de abuso contra particulares sea un delito especial propio implica que es un delito que no tiene un correlativo en la delincuencia común. En otros términos, es una conducta delictiva que sólo puede explicarse a partir de la posición de funcionario de quien lo comete. Luego, la realización de idénticas conductas por parte de ciudadanos comunes no constituye ninguna forma de delito. Es precisamente la calidad de funcionario público la que fundamenta el título de incriminación, de modo que la ausencia de dicha cualidad implica la absoluta impunidad por ausencia del tipo correlativo,

Al mismo tiempo, resulta evidente que se trata de un delito cuya responsabilidad tiene el carácter de “institucional”, o lo que es lo mismo, que pende de la existencia de la “Institución-Estado” la que vincula en relación a sus fines a los ciudadanos y a los funcionarios. Se trata, por tanto, de delitos especiales, en que tal calidad es consustancial a su comisión. Sin la calidad de funcionario público no es posible cometer estos delitos<sup>3</sup>.

#### **B. El carácter de funcionario público**

Como ya se ha adelantado, lo que nuestro ordenamiento punitivo considera como empleado público está contenido en el artículo 260 del Código Penal. La referida norma dispone que para los efectos de este Título [el V] y del Párrafo IV del Título III, se reputa

---

<sup>1</sup> Martínez-Buján Pérez, DPE, p. 342.

<sup>2</sup> Muñoz Conde, DP, PE (14ª ed.), p 999.

<sup>3</sup> A pesar de su interés teórico y práctico, el presente informe no se detendrá en el impacto de este requisito en el ámbito de la participación delictiva. Dichas consideraciones trascienden el objeto del informe y no resultan relevantes para el caso informado.

*empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.*

El delito analizado se encuentra precisamente en el Título V del Libro II del CP, de modo que no es necesario recurrir a ulteriores analogías para afirmar que esta definición (que jurisprudencialmente además se ha hecho extensiva a otras disposiciones legales fuera de las enunciadas)<sup>4</sup> es plenamente aplicable. Adicionalmente, se ha reconocido que es más bien la función [pública] que se desempeña la que determina el carácter o no de funcionario<sup>5</sup>.

Para estos efectos, puede resultar conveniente convenir de inmediato que un Alcalde colma a cabalidad el carácter de funcionario público exigido por el artículo 260 del CP<sup>6</sup>.

Sin embargo, es imprescindible tener presente que no siempre el requisito de ser funcionario público basta como cualidad necesaria para contar con un precedente título de incriminación. En otros términos, en muchas ocasiones no basta con que el autor sea un funcionario público en sentido formal (legalmente nombrado como tal), sino que en algunos casos se incorporan exigencias adicionales. Así, por ejemplo, en el artículo 236 debe tratarse de un funcionario público que “cuente con capacidad de disponer de fondos con sujeción a normas” (no pueden ser gastos de libre disposición, sino que deben estar afectos a una finalidad determinada). Por otra parte, en el artículo 239 debe tratarse de un funcionario público que debiere intervenir en operaciones en que se contrate una contraprestación con un ente público. En tales casos si a los funcionarios públicos no cuentan con tales facultades no pueden ser autores de los respectivos delitos aunque tengan formalmente la calidad de funcionario.

De cualquier modo, en el caso relativo al artículo 258 no se ha establecido ninguna exigencia adicional a la de ser funcionario. En otros términos, cualquier funcionario puede ser sujeto activo por el solo hecho de cumplir las exigencias contenidas en el artículo 260 del CP. Es evidente que según la propia redacción de la disposición debe tratarse de un funcionario que tenga capacidad de “resolución” de asuntos, pero es probablemente inimaginable algún funcionario que carezca completamente de capacidad de toma de alguna resolución relativa a su cargo que pueda servir de marco para el abuso. Volveremos sobre esto más adelante.

## **2. El delito de abuso contra particulares como delito doloso**

Desde una perspectiva subjetiva, es indiscutible que se trata de un delito que únicamente admite comisión dolosa. Es evidente que sólo puede satisfacer subjetivamente el tipo aquel funcionario que sabiendo que existen pretensiones pendientes de su resolución solicita explícitamente a aquel que las tiene. De hecho, la comisión de este delito sólo puede verse satisfecha subjetivamente con dolo directo.

---

<sup>4</sup> C. Suprema, 6 enero 1923. G. 1923, 1<sup>er</sup> sem., N° 38, p. 340; C. Suprema, Santiago, 22 noviembre 1947. G. 1947, 2<sup>o</sup> sem., N° 68, p. 390; C. Suprema, 20 agosto 1935. G. 1935, 2<sup>o</sup> sem., N° 78, p. 240

<sup>5</sup> C. Suprema, 5 noviembre 1958. R., t. LXI, 2<sup>a</sup> parte, sec. 4<sup>a</sup>, p. 187.

<sup>6</sup> Sin perjuicio de que dicha cualidad en ocasiones se ha negado para la aplicación de otras disposiciones penales que no se encuentran en el Título V del Libro II, ni en el Párrafo 4 del Libro III, como la contenida en el artículo 193. Vid. Más bien con carácter histórico, C. Tacna, 16 diciembre 1912. G. 1912, t. II, N° 1.265, p. 1003.

### **3. El Bien Jurídico protegido en el delito de abuso contra particulares.**

El bien jurídico protegido, como en todos los delitos de esta naturaleza, es la “función pública”. En otros términos, se trata de un delito que protege un bien jurídico supraindividual y no, como podría pensarse a primera vista, la indemnidad sexual de la persona solicitada o su libre disponibilidad sexual. De este modo, el eje de la incriminación no está dado por la afectación de un bien personalísimo de la víctima, sino de un bien que como tal pertenece a todos los ciudadanos, “el ejercicio adecuado de la función pública”.

### **4. El delito de abuso contra particulares como un delito de mera acción/peligro abstracto.**

Por último, este delito es uno de aquellos delitos denominados de “mera acción”, pues su tipificación no exige que se produzca un resultado lesivo para terceros, sino que basta la mera solicitud de aquel que tiene pretensiones pendientes de resolución por parte del funcionario para que el delito se consume. No es necesario, por tanto, probar que se ha sufrido ninguna forma de lesión en su autodeterminación o indemnidad sexual para poder perseguir este delito, pues como el bien jurídico protegido por la norma es la función pública en sí misma y no los terceros que puedan verse afectados, es la propia solicitud por parte del funcionario la que ya constituye un atentado contra ese bien jurídico.

Esta precisión cobra especial relevancia en términos hermenéuticos, pues atender adecuadamente al bien jurídico que se ha decidido proteger permite centrar la imputación en la conducta realmente cubierta por la norma.

En otros términos a la hora de buscar el ámbito de protección de la norma es imprescindible tener muy a la vista que dicho ámbito de protección no está centrado en la afectación de quién recibe la solicitud por parte del funcionario, sino precisamente en la función pública que se ve afectada por esa solicitud. Lo anterior queda confirmado por el hecho de tratarse precisamente de un delito especial propio. La misma conducta desplegada por un particular no constituye delito alguno. Si el bien jurídicamente protegido fuera la libertad sexual de la solicitada, no habría ninguna razón para que la conducta quedara impune tratándose de particulares. Volveremos sobre esto detalladamente al tratar de los alcances de la expresión «pretensiones pendientes de su resolución».

### **5. Excurso: El problema de la relación entre la pretensión pendiente y la solicitud.**

Uno de los principales problemas de interpretación que presenta este artículo está constituido por la ausencia de exigencias específicas respecto de la relación entre la solicitud y la resolución pendiente. En otros términos, la redacción del tipo parece sugerir que basta con que las pretensiones se encuentren pendientes de resolución y que el funcionario solicite a quien se encuentre a la espera de la resolución, sin que exista ninguna forma de condicionamiento expreso o tácito a la resolución de un modo u otros según se acepte la solicitud.

Puesto en palabras simples, la pregunta es ¿resulta necesario que el funcionario condicione la resolución de un modo u otro a la aceptación de su propuesta? Probablemente la ausencia de cualquier exigencia a este respecto deba conducir a una respuesta negativa. El funcionario no puede excusarse argumentando que nunca siquiera sugirió que de la aceptación de su propuesta amorosa pendía la resolución en un sentido u otro. Ni siquiera podrá excusarse argumentando que expresamente hizo saber al solicitado que la aceptación de sus favores sexuales no condicionaría en modo alguno la forma de resolución del asunto. La intención del legislador ha sido impedir que de ninguna manera pueda abusar el funcionario de su posición cuando debe resolver algún asunto que afecta a un particular. Esto nos lleva a la afirmación de que este delito es, en realidad, un *delito de peligro abstracto* en que se ha estimado que la solicitud de un funcionario a un particular que tiene ante el primero pretensiones pendientes, es intrínsecamente peligrosa para la función pública, aun cuando ella en realidad (concretamente) no pueda estimarse necesariamente puesta en peligro. El delito, por tanto, se consume con la solicitud, sin necesidad de esperar cualquier forma de lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico. Esta afirmación es completamente compatible con la naturaleza supraindividual del bien jurídico protegido: la función pública.

### III. PORMENORES TÍPICOS ESPECIALES DEL ARTÍCULO 258 DEL CP.

El artículo 258 del Código Penal dispone:

*Art. 258. El empleado público que solicitare a persona que tenga pretensiones pendientes de su resolución, será castigado con la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio.<sup>7</sup>*

#### 1. El alcance de la expresión “solicitar”.

Nuestro Código Penal se sirve en tres oportunidades de la expresión “solicitar”. En el artículo 223, al tratar de la prevaricación, y en los artículos 258 y 259 al tratar de los abusos contra particulares por parte de funcionarios públicos y de los funcionarios guardadores respectivamente.

En la primera incriminación, en forma disyuntiva, utiliza el verbo “solicitar” conjuntamente con el verbo “seducir”. Así, dispone el artículo 223:

*Art. 223. Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados:*

1° Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil.

2° Cuando por sí o por interpuesta persona admitan o convengan en admitir dádiva o regalo por hacer o dejar de hacer algún acto de su cargo.

3° Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a persona imputada o que litigue ante ellos.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> La norma fue modificada por la ley 19.617 de 12.07.1998 que cambió la expresión “mujer” originalmente consignada —y que limitaba exclusivamente esta forma de abusos a aquellos cometidos contra una fémina— por el concepto amplio de “persona”, de modo de alcanzar cualquier hipótesis de solicitud.

<sup>8</sup> La reforma de la ley 19.806, de 31.05.2002 reemplazó la expresión “funcionarios que desempeñan el ministerio público” por “fiscales judiciales” y reemplazó la expresión “procesada” por “imputada”.

La Real Academia de la Lengua Española (RAE) define la expresión “solicitar” como “Requerir y procurar con instancia tener amores con alguien” (def. 3) o, [dicho de un confesor] “Requerir de amores a la penitente” (def. 5).

Por su parte, la expresión seducir, la define como “Atraer físicamente a alguien con el propósito de obtener de él una relación sexual” (def. 2). Si bien como indica parte de la doctrina<sup>9</sup>, es posible entender que el seducir lleva siempre implícito el solicitar, es razonable pensar que el legislador ha querido sancionar expresamente la seducción del miembro del poder judicial, pero ha indicado que ello se entiende satisfecho por la mera solicitud del funcionario.

Sin embargo, más allá de la relación que tenga la seducción con la solicitud, ello no parece particularmente relevante a efectos del artículo 258 que simplemente se satisface con la solicitud por parte del funcionario. Sin duda el contenido de la expresión solicitar tiene un evidente contenido de carácter sexual, de modo que ha de entenderse como “solicitar favores amorosos”. Se sanciona, por tanto al funcionario público que solicite favores sexuales a persona que tenga solicitudes pendientes de su resolución<sup>10</sup>.

## **2. El alcance de la expresión “pretensiones pendientes de su resolución” (228).**

Probablemente el nudo gordiano que presenta esta incriminación está dado por el alcance de la expresión “pretensiones pendientes de su resolución”. En efecto, en lo que se refiere al presente informe, es evidente que ni el carácter de funcionario ni que las acciones realizadas por el imputado colman las exigencias de “solicitud” pueden ponerse en duda. Sin embargo, el eje del análisis debe centrarse en la anulación de esa solicitud con las pretensiones pendientes de resolución. A mayor abundamiento, dicho nudo se construye sobre la base de dos expresiones “pretensiones” y “resolución”, pues es probable que el hecho de encontrarse dichas pretensiones “pendientes” no genere mayores problemas de interpretación.

Respecto de qué debe entenderse por resolución del funcionario es preciso hacer algunos comentarios.

El Código penal se ha servido de expresiones como “resolución” o “resoluciones” en diversos lugares, si bien no todas ellas son atingentes a nuestro interés<sup>11</sup>. Cobra relevancia, por ejemplo, en el artículo 126 del CP que se refiere a los delitos contra la seguridad interior del Estado y la utiliza respecto de aquellos que se alzaren públicamente con el propósito de “arrancarles resoluciones” a los poderes constitucionales. Naturalmente estas resoluciones son aquellas que se encuentran dentro de las esferas de los poderes constitucionales que sucumben al alzamiento. En otros términos, al poder ejecutivo han de arrancarse resoluciones propias de su esfera de atribuciones, lo mismo al legislativo o al judicial. En cambio, si el alzamiento consigue que el poder legislativo emita un auto acordado respecto de las tramitaciones de causas judiciales no se cumplen los requisitos típicos, pues esa no es una resolución que le competa (ni siquiera puede entenderse como una “resolución”). Lo mismo ocurre si se obtiene por el alzamiento una

---

<sup>9</sup> Como Etcheberry, Derecho Penal, PG, t. 4.

<sup>10</sup> La redacción del artículo 258 proviene del Título VIII (De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos) Capítulo VIII “Abusos contra particulares” del Código Penal español de 1848, sin que el tratamiento de nuestra comisión redactora haya dejado constancia de discusiones al respecto. Sobre ello vid. Rivacoba y Rivacoba, *Código Penal de la República de Chile y Actas de la comisión redactora* (Valparaíso, 1974).

<sup>11</sup> No se aplican las expresiones de los artículos 80 ni 228 del Código Penal.

sentencia definitiva del poder ejecutivo, pues el hecho de encontrarse constitucionalmente fuera de sus atribuciones impide que pueda entenderse como una “resolución” a efectos típicos. En otros términos, más que una resolución, se trata de una payasada.

De acuerdo a lo anterior es preciso entender “resolución” según la definición 5ª de la RAE «Decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial». En otros términos, no puede acogerse un sentido genérico de resolución, como hace la definición 4ª de la misma academia: «Cosa que se decide».

Luego, no se trata de que se haya elevado cualquier solicitud que se encuentre pendiente de decisión por parte del funcionario. Pues de ese modo cualquier decisión queda comprendida por el respectivo tipo. Puesto a modo de ejemplo, también puede entenderse como una pretensión pendiente de resolución —en sentido genérico— la solicitud de un préstamo personal que se formule a un funcionario y si pendiente la decisión de si lo otorga o no solicita al interesado, ello no implica que se cometa el delito de abuso contra particulares. Es más, en sentido genérico también podría entenderse como una pretensión pendiente de resolución, la inducción del particular a la comisión de un delito por parte del funcionario y difícilmente podría entenderse que hay abuso contra particulares si antes de dar a conocer su decisión solicita al inductor.

En el caso que se informa hay que tener muy presente la naturaleza de las pretensiones pendientes: (1) solicitud par autorizar el uso de un colegio comunal para actividades extraprogramáticas; (2) Regalo de dos canastas de alimentos; (3) reparación gratuita de una media agua afectada por las lluvias y donación de dinero y (4) petición de trabajo. No parece posible afirmar que alguna de ellas guarda relación con el cargo de Alcalde —sin perjuicio de que sea el propio cargo el que lo ponga en posibilidad de conceder las peticiones recibidas— sino más bien que se trata de favores personales solicitados al funcionario. No parece razonable pensar que alguna de estas peticiones “debía dirigirse al Alcalde para su resolución”, pues parece evidente que existen otros funcionarios dentro del escalafón municipal encargados de dar curso formal a solicitudes de esta naturaleza (exceptuada, por cierto, la que consistía en que se regalara dinero). Este punto resulta crucial para sostener que dichas solicitudes no constituyen las “pretensiones” en el sentido que exige el tipo del artículo 258.

En términos simples ni las pretensiones pueden entenderse como “cualquier pretensión” —sentido genérico— ni la resolución puede entenderse como “cualquier decisión. Es imprescindible que tanto la pretensión guarde relación directa con las atribuciones del cargo que ejerce el funcionario, como que la resolución que se encuentre pendiente sea una decisión propia del cargo. Si alguno de estos extremos falla, no es posible afirmar la comisión del delito de abuso contra particulares.

En este sentido, resulta particularmente expresiva la utilización de la expresión «decisión» en el caso del secuestro del artículo 141 del CP. En ella evidentemente —y a diferencia de lo que ocurre en el delito que nos ocupa— se ha optado por un concepto amplio que alcance cualquier tipo de decisiones y no una resolución en sentido estricto. Lo mismo en la sustracción de menores del artículo 142, en que también se ha utilizado la expresión “decisión”.

No es diferente el caso de la utilización de la expresión «decisión» en el artículo 240 bis —¡otro delito funcionario!— que regula el tráfico de influencias. En dicho caso, la norma hace expresa referencia a obtener un «decisión favorable a sus intereses» de modo que se trata de cualquier forma de decisión beneficiosa (como la decisión de comprar tal o cual producto, contratar a tal o cual proveedor, etc.). En otros términos, no es necesario que ello se cristalice en una resolución del funcionario, sino que basta que se ejerza influencia para obtener su decisión favorable.

Por último, el artículo 248 bis sigue la misma lógica, pues basta la influencia para obtener una «decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado».

Luego, en tal caso, basta con orientarse a la consecución de una decisión provechosa y no necesariamente que esta adopte el carácter de una resolución.

Puesto en términos simples, resulta evidente que cuando el legislador penal ha querido entender que se realiza una selección en sentido amplio se ha servido de la expresión “decisión” y cuando ha querido restringirlo a un ámbito decisorio funcionario definido ha optado por la expresión “resolución”.

\*\*\*\*\*

En gran parte, aclarar el alcance de la expresión “resolución”, permite solucionar la pregunta acerca de qué ha de entenderse por “pretensión” y si esta se trata de cualquier pretensión a sólo aquella referida a los actos de servicio propios del respectivo funcionario. Si la resolución no se refiere a cualquier decisión tomada por el funcionario, resulta evidente que tampoco puede referirse a cualquier “pretensión” por parte del particular. No se trata, por tanto, del concepto de “pretensión” en sentido genérico (como en la def. 1 de la RAE: Solicitud para conseguir algo que se desea), si no que de una pretensión que se encuentra precisamente dentro de la esfera de atribuciones del funcionario. Volviendo con los ejemplos también puede ser una pretensión —en sentido genérico— recibir un regalo del funcionario e incluso haberlo solicitado, pero ello no implica en caso algunos que se satisfaga la noción de pretensión a efectos jurídicopenales.

### **Conclusiones**

1. Las exigencias típicas del artículo 258 del Código Penal no han sido adecuadamente revisadas por nuestra doctrina y ello ha impedido que su alcance se haya determinado certeramente.
2. Como en todos los delitos funcionarios el bien jurídico protegido es la función pública como bien jurídico supraindividual. A pesar de que la afectación al bien supraindividual se realiza mediante la aparente afectación de la libertad de autodeterminación sexual de quien tiene las pretensiones pendientes, no es éste el bien jurídico protegido. Tampoco se trata de una incriminación pluriofensiva.
3. Como consecuencia de proteger un bien jurídico supraindividual, el delito de abuso contra particulares del artículo 258 debe entenderse como una incriminación de peligro abstracto en que la solicitaciones ha entendido por el legislador como intrínsecamente peligrosa para el bien protegido.
4. El eje de la incriminación está dado por el carácter de funcionario del sujeto activo y por la realización de una conducta (“solicitar favores sexuales”) en ciertas circunstancias (encontrándose el solicitado con pretensiones pendientes de resolución por parte del solicitante).
5. Las pretensiones que se encuentran pendientes de resolución no puede entenderse como pretensiones en sentido genérico, sino que han de referirse a solicitudes relativas directamente al cargo que desempeña el funcionario. Otras pretensiones que particulares hayan podido hacer presente al funcionario y que se encuentren pendientes de su decisión no satisfacen las exigencias del tipo.
6. Por otra parte, la exigencia de que dichas pretensiones se encuentren pendientes de resolución ha de entenderse como pendientes de un pronunciamiento formal del funcionario público respecto de un ámbito decisorio propio. Cualquier otra forma de decisión informal o solo accidentalmente vinculada a su cargo ha de entenderse que no cumple con las exigencias típicas del delito que se informa.

7. En atención a lo anterior, solicitudes de “favores” como las presentados por los afectados no pueden constituir “pretensiones” en sentido típico del artículo 258. Asimismo, tampoco la “decisión pendiente” de dichos favores puede entenderse como aquella “resolución pendiente” que exige el delito.