

El cohecho pasivo como deslealtad del funcionario público

Passive Bribery as a Breach of Public Official's Loyalty

O suborno passivo como deslealdade do funcionário público

Bruno Rusca

ORCID: 0000-0001-5460-9207

Universidad Austral de Chile

Correo: bruno.rusca@uach.cl

Recibido: 16/02/2022

Aceptado: 25/07/2023

Resumen: El trabajo presenta una defensa de la teoría del cohecho pasivo como deslealtad del funcionario público. Previamente, se examinan dos puntos de vista diferentes sobre el problema, desarrollados en el ámbito continental europeo; en comparación con estas propuestas, la teoría de la deslealtad no solo permite comprender acabadamente la razón por la cual el cohecho pasivo constituye un comportamiento especialmente desvalioso, sino también proporcionar parámetros para diferenciarlo de otros delitos que pueden cometer los funcionarios públicos. Por último, se analizan las consecuencias de la política criminal que se derivan de la teoría defendida, en particular los lineamientos que debería seguir la legislación penal sobre el cohecho.

Palabras clave: cohecho pasivo; ilicitud; deslealtad; política criminal.

Abstract: This work puts forth a defense of the theory that passive bribery constitutes a breach of loyalty by a public official. To begin with, we examine two distinct viewpoints on the issue, developed within the context of continental Europe. In comparison to these proposals, the theory of disloyalty not only comprehensively elucidates why passive bribery represents an especially reprehensible behavior but also provides parameters for distinguishing it from other offenses that public officials may commit. Finally, we delve into the implications of the criminal policy that stem from the advocated theory, particularly the guidelines that should guide penal legislation regarding passive bribery.

Keywords: passive bribery; unlawfulness; disloyalty; criminal policy.

Resumo: Este trabalho apresenta uma defesa da teoria do suborno passivo como deslealdade do funcionário público. Previamente, são examinadas duas opiniões diferentes sobre o problema, desenvolvidas no continente europeu; em comparação com essas propostas, a teoria da deslealdade não só fornece uma compreensão completa da razão pela qual o suborno passivo é um comportamento particularmente repreensível, mas também fornece parâmetros para o diferenciar de outros crimes que os funcionários públicos possam cometer. Por último, são analisadas as consequências da política criminal que deriva da teoria defendida, em particular as diretrizes que a legislação criminal sobre suborno deve seguir.

Palavras-chave: suborno passivo; ilicitude; deslealdade; política criminal.

Introducción

En el derecho penal de tradición continental europea es frecuente que el análisis de cualquier delito se concentre especialmente, y a veces casi exclusivamente, en la cuestión del bien jurídico. Así, mediante la determinación precisa del interés protegido por la norma penal se pretende desarrollar una interpretación que permita delimitar cuáles comportamientos son abarcados por el delito y cuáles no. Sin embargo, ello constituye apenas una parte del problema, pues la lesión o peligro concreto del bien jurídico refiere únicamente al desvalor de resultado (Greco, 2016, p. 46). La ilicitud penal está determinada también por el desvalor de acción, esto es, las cualidades intrínsecas de la conducta, como los elementos subjetivos que guían al autor y los deberes que él infringe al realizar dicho acto.¹ A modo de ejemplo, alguien puede ocasionar el mismo daño a la propiedad de otro tanto si incumple un contrato como si se vale de un engaño para defraudarlo.² De todos modos, solo en el segundo caso podría tener lugar una estafa, ya que este delito requiere de que efectivamente el desapoderamiento de la víctima tenga lugar por medio de un engaño; en ello consiste el particular desvalor de la estafa.

La situación es análoga en relación con el delito de cohecho pasivo. Ciertamente, si la prohibición penal de la aceptación de sobornos tuviera por finalidad evitar la distorsión de la voluntad estatal, proteger la imparcialidad de la administración pública o la confianza depositada en ella, por solo citar algunas teorías,³ y si el bien jurídico fuera lo único que contara para la definición de un delito, entonces también otros comportamientos de los funcionarios deberían constituir cohecho.⁴ Así, pues, la jueza que ante un conflicto de intereses omite excusarse realiza una conducta que puede resultar igualmente riesgosa para dichos bienes jurídicos. Sin embargo, pareciera que ambos comportamientos no tendrían que dar lugar a las mismas consecuencias jurídicas, pues, más allá de su potencial lesividad, hay algo específicamente desvalioso en el cohecho, que lo hace diferente de otros hechos ilícitos que pueden cometer los funcionarios públicos.

Aunque en el ámbito continental europeo existe una literatura considerable acerca del desvalor de resultado del cohecho —i. e., sobre el bien jurídico protegido—, no se han

¹ Sobre el concepto de desvalor de acción véase Roxin (1997, pp. 319-320).

² Sobre este punto véase Green (2013a, p. 77).

³ Acerca de las diferentes teorías sobre el bien jurídico del cohecho pueden verse Artaza (2016, pp. 320-322), Kindhäuser (2007, pp. 8-11), Loos (2009, pp. 143-162) y Oliver (2004, pp. 92-96).

⁴ Greco (2016), p. 46, va en este sentido. Sobre la escasa relevancia de la discusión sobre el bien jurídico para la interpretación dogmática del delito de cohecho véase también Wilenmann (2020, pp. 317-318).

realizado demasiados estudios sobre el desvalor de acción de esta conducta. Una excepción a esta tendencia son los trabajos de Luis Greco y Urs Kindhäuser, quienes han desarrollado puntos de vista que ponen especial énfasis en esta dimensión del problema. Este trabajo analiza las propuestas de ambos autores. Posteriormente, se presenta la concepción del cohecho como un acto de deslealtad del funcionario público, y se argumenta que ella permite comprender de manera más adecuada el carácter desvalioso de la aceptación de un soborno. Cabe aclarar que el objetivo del trabajo no consiste en realizar una interpretación de una legislación específica en materia de cohecho, sino que, por el contrario, pretende contribuir al desarrollo de una teoría normativa que permita determinar cómo *debería* ser la regulación legal del cohecho. De todos modos, en la medida en que existan áreas de indeterminación en cierto ordenamiento jurídico, que admitan diferentes interpretaciones sobre el alcance de este delito, la perspectiva defendida aquí, eventualmente, también podría aportar argumentos para resolver problemas de aplicación del derecho.

En primer lugar, el trabajo comienza con un apartado que describe el modo en que, en general, diferentes legislaciones definen el delito de cohecho. En segundo lugar, se analiza las teorías sobre la ilicitud del cohecho pasivo, y, seguidamente, se asume la defensa de la teoría de la deslealtad; en particular, se responde a una objeción importante que podría formularse en contra de este punto de vista. En cuarto lugar, se plantean algunas consecuencias dogmáticas y de política criminal a las que da lugar la perspectiva defendida. Por último, el texto finaliza con un apartado de conclusiones, en el cual se resumen las ideas centrales defendidas en el trabajo.

La regulación del cohecho en el derecho comparado

A grandes rasgos, el delito de cohecho pasivo sanciona la conducta del funcionario público que recibe, acepta una promesa de recibir o solicita que se le entregue un beneficio a cambio de realizar u omitir un acto relativo a su función. En su sentido histórico, esta denominación reflejaba la idea de que, para cometer el delito, el funcionario debía limitarse a recibir *pasivamente* el beneficio ofrecido por el particular, pues, si aquel demandaba el pago del soborno, la acción se subsumía en otra figura penal (Oliver, 2004, pp. 88-89). En la actualidad, la denominación ha perdido en gran medida este sentido debido a que, conforme a la tendencia legislativa más reciente, se suele incluir también en la definición de cohecho pasivo la acción del funcionario de “solicitar” la

entrega del soborno.⁵ No obstante, algunas legislaciones, como el Código Penal argentino (art. 256) y el Código Penal uruguayo (art. 157), aún excluyen del ámbito del cohecho pasivo la solicitud previa del funcionario.

Por otro lado, el delito de cohecho activo prevé la aplicación de una pena para el que promete u ofrece un beneficio al funcionario público con el fin de que realice u omita un acto relativo a su función. La mayoría de las legislaciones tipifican el cohecho activo como delito autónomo, por lo cual el sobornador es castigado por el mero ofrecimiento o la promesa del beneficio, esto es, independientemente de la conducta asumida por el funcionario. Sin embargo, algunos ordenamientos jurídicos consideran el cohecho activo como un acto de participación en el cohecho pasivo y, por tal razón, subordinan la punibilidad del sobornador al hecho de que el funcionario acepte el ofrecimiento o la promesa.⁶ De acuerdo con ciertas legislaciones, se establece para ambas conductas la misma escala penal, como lo disponen, por ejemplo, el Código Penal argentino (arts. 256 y 258), el Código Penal español (art. 424) y el Código Penal chileno (art. 250). En cambio, conforme a otros ordenamientos jurídicos, se prevé para el cohecho activo una pena menor.

Asimismo, no siempre se define de la misma forma el objeto del delito de cohecho. Algunos ordenamientos jurídicos utilizan fórmulas con términos amplios, como la aceptación de “cualquier beneficio” o “toda gratificación”, los cuales incluyen no solo bienes de carácter económico, sino también beneficios no pecuniarios.⁷ Particularmente, los tratados internacionales, como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 15) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. VI) siguen esta orientación. De acuerdo con otras legislaciones, en cambio, los términos utilizados son más restringidos, de modo tal que el concepto de soborno parece limitado solo a bienes de carácter económico.⁸

⁵ Así lo establecen la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 15, inc. b), la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. IV, inc. 1 a), el Código Penal español (art. 419), el Código Penal alemán (§331 y §332) y el Código Penal chileno (art. 248, 2º párrafo y art. 248 bis).

⁶ Sobre los problemas que plantea este tipo de legislación véase el informe sobre el Estado de Aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Unodoc, 2017, pp. 17-18).

⁷ Al respecto véase Unodoc (2017, pp. 19-21).

⁸ El Código Penal argentino, por ejemplo, emplea los términos *dinero* o *dádiva* para definir el objeto del cohecho (art. 256 CP). De acuerdo con el punto de vista mayoritario, el concepto de *dádiva* debe entenderse como un elemento previsto necesariamente de valor económico. Sobre esta discusión véase Donna (2008), p. 243. Para un análisis comparativo en el ámbito iberoamericano sobre este tema, véase Guzmán Dalbora (2021), pp. 139-140. Sobre la discusión en la doctrina española véase Olaizola Nogales (1999), pp. 305-334.

Una característica importante del cohecho es que, como regla general, el beneficio que el particular promete o entrega debe constituir la *contraprestación* del acto del funcionario; y, consecuentemente, el acto que el funcionario público realiza debe constituir la *contraprestación* del beneficio recibido. En este sentido, se trata de un acuerdo bilateral, pues, para su configuración es necesario que ambas partes contraigan obligaciones recíprocas. De todos modos, algunas legislaciones también criminalizan la aceptación de un beneficio por parte del funcionario público que sea otorgado con mera consideración a su cargo o función, esto es, cuando no tiene como contraprestación la realización de un acto específico del agente. Mientras que, en ciertos países, se califica a este delito como aceptación de “regalos” o “dádivas”, en otros, se utiliza la denominación “cohecho en consideración al cargo” o “cohecho de facilitación”.⁹

En los países en que la aceptación de un beneficio en razón del cargo constituye un delito, en general, se prevé para la realización de dicha conducta una pena menor en comparación con la aceptación de un beneficio como contraprestación de un acto del funcionario. Así lo establecen, entre otras legislaciones, el Código Penal argentino (art. 259), el Código Penal español (art. 422) y el Código Penal chileno (art. 248, 1^{er} párrafo). Sin embargo, algunos países han establecido una regulación diferente. Así, por ejemplo, la ley de cohecho del Reino Unido, sancionada en 2010, incluye a ambas conductas en la misma definición del delito de cohecho.¹⁰ De modo similar, en el Código Penal alemán (§331 StGb), se tipifica como delito la acción del funcionario público que acepta un beneficio por el “ejercicio del cargo” (*Dienstausübung*); tal disposición no solo comprende la conducta del agente que se compromete a realizar un acto que resulta conforme a sus deberes, sino también la aceptación de un beneficio sin relación con un acto en particular.¹¹

Es necesario tener en cuenta, además, que, de acuerdo con ciertas legislaciones, la definición de cohecho abarca también la aceptación de una recompensa posterior al acto del funcionario, sin que haya tenido lugar un acuerdo previo a su realización (denominado por la doctrina *cohecho subsiguiente*). Paradigmáticamente, así lo disponen el Código Penal alemán (§ 334 StGb), el Código Penal español (art. 421) y el Código Penal chileno (art. 248, 2^{do} párrafo). El Código Penal Modelo de Estados Unidos (§ 240.3) y el Código

⁹ Sobre esta cuestión véase Guzmán Dálbora (2020), p. 338.

¹⁰ Para un análisis crítico de la ley de cohecho del Reino Unido véase Sullivan (2013), pp. 13-38.

¹¹ Para una interpretación de este artículo véanse Kindhäuser (2007), p. 3, y Hernández Basualto (2016), pp. 23-24.

Penal uruguayo (art. 157, 2º párrafo), en cambio, aunque también tipifican penalmente la compensación por una decisión previa, establecen para esta conducta la aplicación de una pena menor que la prevista para la aceptación de un beneficio a cambio de un acto futuro (esta última modalidad es denominada por la doctrina como *cohecho antecedente*).

Una clasificación relevante de este delito se relaciona con el tipo de acto que el funcionario se compromete a realizar. Por un lado, se denomina *cohecho propio* a la aceptación de un beneficio para llevar a cabo un acto contrario a los deberes del cargo. Por otro lado, se denomina *cohecho impropio* a la aceptación de un beneficio a cambio de ejecutar un acto que resulta acorde con tales deberes.¹² Algunos ordenamientos jurídicos, como el Código Penal argentino (art. 256), establecen un tipo penal que no distingue entre ambas modalidades, por lo cual la pena aplicable es la misma para el cohecho propio e impropio. En cambio, conforme a otras legislaciones se prevé para el cohecho impropio la aplicación de una pena menor. Así lo disponen, por ejemplo, el Código Penal español (arts. 419 y 420), el Código Penal alemán (§331 y §332 StGb) y el Código Penal uruguayo (arts. 157 y 158).

Sobre la ilicitud del cohecho pasivo en el ámbito público

El cohecho como abuso de poder condicionado por beneficios o ventajas

En un interesante trabajo, Luis Greco propone una concepción del injusto del cohecho que, según su opinión, permitiría resolver satisfactoriamente distintos casos problemáticos tratados por la doctrina y la jurisprudencia alemana. Conforme al punto de vista de este autor, el desvalor de acción del cohecho pasivo simple, previsto en el §331 StGb, consistiría en un abuso de poder a través de la perversión de lo público hacia lo privado (Greco, 2016, p. 49). Cabe aclarar que, en dicho artículo del Código Penal alemán, se castigan dos clases de comportamientos del funcionario público: la aceptación de un beneficio otorgado a cambio de realizar un acto que resulta conforme a sus deberes —i. e., cohecho impropio— y la aceptación de un beneficio otorgado por mera consideración a su cargo o función, el cual no requiere la realización de un acto concreto a cambio —i. e., aceptación de regalos o, según la denominación de algunos autores, *cohecho en razón del cargo*—.

¹² En algunos países, la denominación *cohecho propio e impropio* es utilizada en otro sentido. Al respecto véase Oliver (2004), p. 90.

Para fundamentar la ilicitud que subyace a dichos comportamientos, Greco afirma que es necesario partir de la premisa de orientación liberal de que el Estado existe para el *servicio* del ser humano. Esta idea del poder del funcionario como servicio público implica que la actividad estatal debe orientarse en interés de los ciudadanos, lo cual requiere que la esfera pública del servicio esté separada de la esfera personal o privada del funcionario (Greco, 2016, p. 48). Según el autor, ello no es más que una especificación del principio general del Estado de derecho liberal de separación entre lo público y lo privado, o entre Estado y sociedad. Conforme a este presupuesto liberal, no solo se presenta un problema con la intromisión del Estado en la esfera privada, sino también cuando ocurre la situación inversa: la irrupción de lo privado en la gestión de los asuntos públicos (Greco, 2016, p. 48).

En este sentido, cuando un funcionario recibe un soborno, al enlazar el servicio que presta a una ventaja particular, contribuye a difuminar la separación entre el ámbito público y privado, lo cual constituye un presupuesto para el aseguramiento de la libertad. De acuerdo con esta idea, entonces, el injusto de la aceptación de un beneficio a cambio de ejercer un acto lícito, como de la aceptación de un beneficio otorgado en relación con el cargo, ambas conductas descritas en el §331 StGb, puede describirse como un abuso de poder a través de la perversión de lo público hacia lo privado (Greco, 2016, p. 49).

Por otro lado, el desvalor de la conducta prevista en el §332 StGb, según Greco, responde a una justificación parcialmente diferente. Esta disposición prevé la aplicación de una pena para el funcionario que acepta un beneficio a cambio de realizar un acto *contrario* a sus deberes —i. e., cohecho propio—, o como recompensa por haberlo realizado. Si bien ambos tipos penales tendrían como fundamento común el abuso de poder que implica la aceptación de favores, en este caso, la razón principal de la prohibición consistiría en la defensa del principio de legalidad del Estado (Greco, 2016, p. 50). Tal principio cumple la función de establecer límites a la persecución de los fines estatales, pues las leyes determinan el marco dentro del cual el Estado puede alcanzar el bien común. La aceptación de un beneficio a cambio de la realización de un acto ilícito, continúa el argumento, configuraría un peligro especial para la sujeción del programa estatal a la ley. En consecuencia, sostiene Greco, el injusto de esta modalidad de cohecho consiste en “el menosprecio, condicionado por la obtención de ventajas o beneficios, de la legalidad del servicio público” (Greco, 2016, p. 51).

Luego de explicar los fundamentos de la ilicitud de ambas conductas, el autor afirma que la concepción por él defendida permitiría proporcionar una respuesta fundada a los

casos difíciles tratados en los últimos años por la doctrina y jurisprudencia alemana. Así, por ejemplo, la captación u obtención de fondos externos por parte de funcionarios públicos investigadores no podría configurar cohecho, pues el beneficio recibido por el investigador pertenece a la esfera pública de la investigación, y no a la esfera privada del investigador; en consecuencia, no existiría en tal caso una irrupción privada en el ámbito público. De la misma forma, tampoco constituiría cohecho la donación privada a partidos políticos para el financiamiento de campañas electorales. La razón de ello, según Greco, se explicaría porque, dentro de ciertos límites, la campaña electoral pertenece también a la esfera pública. Por último, no comete cohecho el fiscal que, en ejercicio de sus facultades procesales, decide la suspensión del proceso en contra de un acusado a cambio del pago de una suma de dinero para una organización de caridad, pues, en tal caso, lo público se vincula a lo público.

Esta perspectiva permite, ciertamente, dar cuenta de la ilicitud de distintas modalidades del cohecho. A este respecto, el autor propone una justificación que abarcaría el cohecho en consideración al cargo, el cohecho propio e impropio, como también el cohecho antecedente y subsiguiente. Y tal justificación, en comparación con las soluciones frecuentemente *ad-hoc* que predominan en la doctrina y jurisprudencia, representa una propuesta superadora. Ahora bien, aunque Greco se refiere en su trabajo a la necesidad de clarificar la esencia de la corrupción (Greco, 2016, p. 45), al final, su teoría pareciera consistir fundamentalmente en una empresa interpretativa de la legislación alemana; esto es, una reconstrucción dogmática del desvalor de acción del cohecho tal como el Código Penal alemán ha definido tales comportamientos. La aclaración es relevante, pues, la pregunta que se intenta responder en este trabajo es de política criminal, por lo cual se requiere analizar, además, si la perspectiva del cohecho presentada resulta conveniente desde el punto de vista de cómo debería ser la legislación.

En principio, una dificultad que se advierte en la concepción del cohecho como abuso de poder a través de la perversión de lo público hacia lo privado consiste en que, aun cuando pudiera constituir la interpretación correcta del §331 StGb, es demasiado amplia, al abarcar comportamientos que valorativamente son diferentes. En efecto, la equiparación entre, por un lado, la aceptación de un beneficio como contraprestación de un acto conforme a los deberes del funcionario y, por otro, la aceptación de un beneficio en consideración al cargo es difícil de sostener, pues, ya desde un punto de vista meramente intuitivo, parecen conductas de distinta gravedad. A modo de ejemplo, piénsese en la funcionaria de aduana que, con posterioridad a asumir en el cargo, acepta

como regalo una caja de costosas botellas de champán de un comerciante que, frecuentemente, realiza trámites de importación de productos en esa dependencia. Aunque la funcionaria incumpla un deber al aceptar dicho beneficio, ella no se ha comprometido a realizar un acto de su oficio a cambio. Y, si posteriormente tuviera que tomar una decisión en un caso en el cual los intereses del dador del obsequio estuvieran involucrados, ella aún podría resolver el asunto de acuerdo con su opinión de lo que considera correcto; esto es, al menos *intentar* ser objetiva. En cambio, la funcionaria que, por haber recibido algo de valor, se compromete a dictar una resolución administrativa determinada acepta una influencia en el ejercicio de su función sustancialmente más intensa, aun cuando el contenido de dicha resolución resulte casualmente correcto desde el punto de vista del derecho.

Por supuesto, la afirmación de que resulta más grave la aceptación de un beneficio como contraprestación de un acto relativo al cargo que la aceptación de un beneficio en consideración al cargo constituye un presupuesto del cual se parte. De todos modos, tal punto de partida no carece de fundamento, pues se apoya en la intuición de que aceptar un soborno es una conducta asimilable a ser *comprado*, algo sustancialmente peor que aceptar un regalo, lo cual, en el mejor de los casos, se asemeja a ser *influenciado* a hacer algo (Philips, 1984, p. 633). Dicha intuición tiene, además, sustento en investigaciones empíricas, las cuales demuestran que las personas tienden a considerar a la acción de aceptar un soborno como una conducta más grave y merecedora de un reproche mayor en comparación con la aceptación de un regalo.¹³

En definitiva, al asimilar la fundamentación del injusto entre ambas conductas, la tesis del cohecho como perversión de lo público hacia lo privado incluye en la misma categoría de ilicitud comportamientos que deberían ser distinguidos. Por ello, al menos

¹³ En un experimento llevado a cabo por Green y Kugler, se solicitó a los participantes que juzgaran, en una escala del uno al siete, el nivel de reprochabilidad de distintos comportamientos. En lo que aquí interesa, se presentó a los participantes un escenario en el que un legislador aceptaba una suma de dinero de un empresario a *cambio de* votar a favor de cierto proyecto de ley, y luego un escenario en el cual el legislador aceptaba igual suma de dinero de un empresario, pero sin un compromiso de realizar un acto a cambio, pues tal beneficio era entregado solo con “la esperanza de mantener buenas relaciones”. Los resultados del experimento indicaron que la aceptación de un pago con el compromiso de tomar una decisión a cambio fue considerado sustancialmente más reprochable (6.67) que la aceptación de un beneficio sin esa contraprestación (5.12). Además, mientras que el noventa y cinco por ciento de los encuestados opinó que la conducta descrita en el primer escenario debía ser criminalizada, solo un sesenta y tres por ciento consideró que debía criminalizarse la conducta descrita en el segundo escenario. Para más detalles véase Green & Kugler (2012, pp. 45-48).

desde el punto de vista de la política criminal, esta perspectiva no permite dar cuenta del carácter específicamente desvalioso de la aceptación de un soborno.

El cohecho como vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido

El jurista alemán Urs Kindhäuser ha desarrollado una perspectiva que pretende dar cuenta del desvalor de acción del cohecho. Para este autor, el concepto de *corrupción*¹⁴ debe entenderse como “vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido” (Kindhäuser, 2007, p. 6). La definición propuesta incluye diferentes elementos. En primer lugar, se requiere que tenga lugar un “intercambio irregular de ventajas”. Con ello se expresa que debe existir una relación sinalagmática entre el otorgamiento del beneficio y la conducta que el receptor acepta realizar a cambio. Expresado de otro modo, el acto que el agente se compromete a realizar debe ser la contraprestación por el beneficio recibido. El concepto de ventaja, además, no debe estar limitado a los beneficios de carácter financiero, sino que, según este autor, comprende todo aquello que puede motivar a las personas (Kindhäuser, 2007, p. 6).

En segundo lugar, para que exista corrupción, un requisito adicional es que el receptor del beneficio ocupe una posición de la cual surjan deberes especiales en relación con otro; más precisamente, se le debe haber confiado la tarea de velar por intereses ajenos. En este sentido, no es corrupción la aceptación de beneficios para incumplir obligaciones que atañen a todos los ciudadanos, como, por ejemplo, si un sicario acepta dinero como contraprestación para matar a otro; la razón de ello reside en que la obligación de no matar configura un deber general, no una obligación que surja de una posición específica. Por tal razón, la corrupción constituye, según este autor, una relación *trilateral*, en la medida en que el receptor del beneficio debe siempre ser encargado de resguardar los intereses de un mandante (Kindhäuser, 2007, p. 6).

En tercer lugar, sostiene Kindhäuser, se requiere que el beneficio recibido esté vinculado con la posición de deber del agente, pues, de lo contrario no existirá corrupción. A este respecto, no tiene lugar un intercambio corrupto si, como ejemplifica el autor, un policía acepta que lo inviten a tomar una cerveza luego de jugar un partido de fútbol en

¹⁴ Cabe aclarar que el concepto de *corrupción*, en su sentido jurídico-penal, suele entenderse de forma más amplia que el delito de cohecho, pues refiere también a otros delitos cometidos por funcionarios públicos, como peculado, negociaciones incompatibles o malversación. Sin embargo, Kindhäuser utiliza el término en un sentido más restringido para describir únicamente los comportamientos que, en principio, resultan abarcadas por el delito de cohecho. Sobre estos distintos sentidos del concepto de corrupción en el derecho véanse Abanto Vásquez (2022), pp. 46-47, y Artaza (2016), pp. 311-318.

su tiempo libre. Empero, es necesario, además, que la relación entre la ventaja y la posición de deber dé lugar a una situación de conflicto de intereses. Para ello, el beneficio debe ir *en contra* del correcto ejercicio de la función. Dicha incompatibilidad no ocurriría si, como argumenta Kindhäuser, una persona le presta la moto a un policía para que detenga a un fugitivo. En tal caso, el beneficio recibido es útil para el ejercicio de la función policial, por lo cual faltaría un elemento central de la corrupción: el conflicto entre el interés que el encargado debe resguardar y el interés al que se vincula con la recepción de ese beneficio.¹⁵ Expresado con palabras de este autor, la corrupción se configura solo cuando el encargado se coloca al “servicio de dos señores” (Kindhäuser, 2007, p. 14).

Ahora bien, sobre la base de esta caracterización, Kindhäuser afirma que la corrupción no constituye un injusto autónomo, sino, por el contrario, una forma de agresión de bienes jurídicos, como el engaño, la amenaza o la violencia.¹⁶ En este sentido, la justificación de su criminalización depende, según esta idea, de que los bienes jurídicos amenazados por dicha práctica sean especialmente merecedores de protección penal (Kindhäuser, 2007, p. 8). Una consecuencia de ello sería la inconveniencia de formular un tipo penal de corrupción de carácter general, que abarcara el abuso de un poder de decisión en cualquier ámbito de la vida social.

La perspectiva desarrollada por este autor, en principio, permitiría legitimar diferentes modalidades de cohecho pasivo. La concepción de la corrupción como vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido proporciona un fundamento del desvalor de acción para el cohecho propio e impropio, ya que la situación de incompatibilidad tiene lugar independientemente de cuál sea el contenido de la decisión del funcionario. De todos modos, a pesar de sus diferencias, esta teoría presenta el mismo inconveniente que, previamente, se ha señalado respecto de la tesis defendida por Greco. En particular, aunque la teoría podría representar una reconstrucción dogmática adecuada de la ilicitud de las conductas descritas en los §331 y §332 StGb, desde el punto de vista de la política criminal, da lugar a la consecuencia de asimilar el desvalor de la aceptación de un beneficio en consideración al cargo y de la aceptación de un beneficio a cambio de una decisión propia del cargo; no

¹⁵ Según Kindhäuser, los criterios para determinar si existe incompatibilidad no pueden establecerse en abstracto, sino que, fundamentalmente, se debe analizar cuáles son los intereses que debe tener en cuenta el agente en el ejercicio de su función y cómo resultarían afectados por el beneficio recibido. Al respecto véase Kindhäuser (2007), p. 7.

¹⁶ De acuerdo con esta idea Mañalich Raffo (2018), pp. 2-3.

obstante, aunque en ambos casos el agente se coloque en una situación de incompatibilidad de intereses, el intercambio de un beneficio *por* una decisión específica del funcionario parece una conducta sustancialmente más grave.

La razón de esta dificultad se explica porque la concepción del injusto de la corrupción como conflicto de intereses es, asimismo, demasiado amplia como para fundamentar el desvalor específico y más grave de la aceptación de un soborno. De hecho, puede ocurrir que en el ejercicio de un cargo público surjan situaciones de incompatibilidad de intereses que obligan al apartamiento del funcionario, pero que no involucren la aceptación de un soborno. Piénsese, paradigmáticamente, en la jueza que, al advertir que una de las partes en el proceso es un familiar cercano, omite apartarse de la tramitación de la causa. En tal situación, la funcionaria se coloca también al “servicio de dos señores”. Sin embargo, desde un punto de vista valorativo, no parece plausible que esa acción sea de la misma gravedad que la conducta de comprometerse a dictar una sentencia *a cambio* del beneficio ofrecido por una de las partes.

El cohecho como deslealtad

De acuerdo con este enfoque, la ilicitud del cohecho pasivo consiste en una conducta desleal del funcionario público. La representación de la corrupción como una forma de deslealtad constituye una idea consolidada, la cual trasciende el ámbito específico del delito de cohecho y hace referencia, en sentido amplio, al incumplimiento de reglas institucionales para obtener beneficios indebidos.¹⁷ A menudo, se afirma que la deslealtad proporcionaría el fundamento que subyace a los distintos delitos que pueden cometer funcionarios públicos en ejercicio de su cargo. Sin embargo, independientemente de si este concepto es útil para reconstruir la ilicitud de otros delitos contra la administración pública, en relación con el cohecho permitiría fundamentar el desvalor de acción de la aceptación de un soborno. En su versión más acabada, este punto de vista ha sido desarrollado por Stuart Green y Michael Philips (Green, 2013a, pp. 257 y ss.; Philips, 1984, pp. 621-636).¹⁸

Con el propósito de establecer las propiedades características del cohecho, Green presenta la siguiente definición:

¹⁷ Sobre este concepto véase Artaza (2016), pp. 313-315.

¹⁸ Para una defensa de la tesis de la deslealtad en el contexto de la discusión anglosajona sobre la inmoralidad del cohecho véase Rusca (2020), pp. 43-73.

X (quien recibe el soborno) es sobornado por Y (quien lo ofrece), si y solo si: 1) X acepta, o acuerda aceptar, algo de valor proveniente de Y; 2) a cambio de que X actúe o acuerde actuar a favor de cierto interés de Y, y 3) infringiendo un deber de lealtad propio de X, que se desprende de su función pública, posición o trabajo (Green, 2013a, p. 258).

La existencia de un acuerdo bilateral, expreso o tácito, en virtud del cual el funcionario acepta recibir algo de valor a cambio de actuar en favor del sobornado, según estos autores, permite diferenciar al cohecho de otras prácticas, como los regalos o las contribuciones a campañas políticas (Philips, 1984, pp. 632-633; Green, 2005, p. 148). Así, por ejemplo, la funcionaria de aduana que acepta una caja de costosas botellas de champán de un comerciante que realiza trámites de importación en esa dependencia incumple con su deber de imparcialidad. De todos modos, a diferencia de la aceptación de un soborno, los regalos son unilaterales, pues no involucran un compromiso expreso o tácito por parte de la funcionaria de tomar una decisión *a cambio de* lo recibido.

Es importante destacar que, conforme a esta perspectiva, el cohecho exige que el funcionario público acuerde dejarse *influir* en la realización de un acto de su ámbito de competencia. Por tal razón, no comete cohecho pasivo el funcionario que acepta un beneficio a cambio de llevar a cabo un acto que, en verdad, no tiene voluntad de realizar. Tal situación, según Green, puede describirse mejor como un escenario de fraude: el sobornado cree erróneamente influenciar al funcionario, pero, en realidad, no lo hace, pues, desde un comienzo, este carece de toda voluntad de cumplir el acuerdo; o, expresado de otro modo, el funcionario engaña al sobornado al hacerle creer que está siendo influido por él (Green, 2013a, p. 266).

Ahora bien, según esta teoría, para que tenga lugar el cohecho pasivo, la aceptación del beneficio debe involucrar, además, la violación de un deber de *lealtad* propio de una función o actividad determinada. A grandes rasgos, ser leal significa ser sincero o fiel a “alguien” o a “algo” (Green, 2005, p. 154). La lealtad exige a la persona actuar de la manera más favorable a aquello a lo que debe ser fiel, aun cuando hacerlo perjudique sus propios intereses (Green, 2013a, p. 144). En este sentido, no siempre la recepción de un beneficio para ser influido en la realización de un acto del cargo involucra la violación de un deber de lealtad. El sicario que recibe dinero para matar a alguien no actúa deslealmente, porque no infringe un deber emergente de una posición determinada.¹⁹ En

¹⁹ El ejemplo es de Philips (1984), p. 622.

resumen, la deslealtad supone la violación de un deber especial, que emane de un cargo o función específica. Por consiguiente, para establecer si la aceptación de un beneficio configura verdaderamente un caso de cohecho, se debe determinar antes cuáles son las obligaciones del cargo que la persona ejerce.

En relación con los funcionarios públicos, resulta bastante sencillo reconocer por qué la aceptación de ciertos beneficios involucra una forma de deslealtad. Piénsese, por ejemplo, en el ámbito legislativo. Los legisladores deben tomar decisiones en función de lo que consideran más conveniente para los intereses de sus representados. Si, en cambio, deciden votar a favor de un proyecto de ley por el dinero que les ofrece una empresa interesada en su aprobación, ellos actúan deslealmente con respecto a las personas que representan. En definitiva, como sostiene Green, el cohecho configura una especie de traición, ya que el funcionario que acepta un soborno se pasa “al otro lado”, esto es, decide deliberadamente promover los intereses del sobornador, antes que la causa, institución o intereses que debe representar (Green, 2013a, p. 270).

De acuerdo con Green y Philips, la deslealtad no requiere que el funcionario público tome una decisión que efectivamente perjudique los intereses o principios a los que se debe fidelidad. En este sentido, también actúa deslealmente la jueza que, en virtud del soborno pagado por el acusado, dicta la sentencia absolutoria que, conforme a las pruebas disponibles y el derecho aplicable al caso, *debía* dictar. La razón de ello consiste en que, aunque la funcionaria casualmente haya tomado la decisión correcta, ella decide por medio de un razonamiento equivocado —i. e., por el beneficio que el sobornador promete—, independientemente del contenido del acto realizado (Green, 2013a, p. 272; Philips, 1984, p. 622).

La teoría del cohecho como deslealtad tiene diferentes virtudes. En primer lugar, puede fundamentar tanto la ilicitud del cohecho propio como del cohecho impropio. En ambos casos, independientemente de si el contenido de la decisión del funcionario se conforma con sus deberes, él actúa deslealmente, ya que decide *motivado* por el soborno, más que por las obligaciones que surgen de su cargo. En segundo lugar, esta perspectiva es capaz de distinguir con fundamento entre la aceptación de un soborno y otras conductas que, intuitivamente, parecen de menor gravedad; en particular, como se ha señalado con anterioridad, puede explicar por qué aceptar un soborno resulta más grave que aceptar un beneficio otorgado en consideración al cargo.

No obstante, una dificultad que puede presentar esta concepción surge de hacer depender el injusto del cohecho pasivo del motivo por el cual obra el agente. Piénsese,

paradigmáticamente, en la situación en la que un funcionario acepta algo de valor para la realización de un acto de su ámbito de competencia, pero, en verdad, ello no influencia su decisión; esto es, él habría decidido igual de todas formas, porque considera que el acto pretendido por el sobornador, desde el punto de vista del derecho, es correcto. Repárese, por ejemplo, en la funcionaria de aduana que acepta dinero de un comerciante para autorizar un trámite de importación de un vehículo. Supóngase, además, que ella solo acepta el soborno porque cree que la autorización de la importación constituye la solución jurídicamente adecuada; en caso contrario, de ninguna forma hubiera aceptado la propuesta. Si, conforme a esta perspectiva, la ilicitud del cohecho pasivo reside en tomar una decisión por el razonamiento equivocado, entonces la funcionaria de aduana no comete cohecho, porque ella decide motivada por el derecho, no por el soborno. Empero, tal solución al problema parece, ya desde un punto de vista intuitivo, implausible.

El modo en que esta teoría soluciona el caso planteado previamente es una consecuencia de enfocarse en la motivación del agente para definir el acto como cohecho, lo cual sería problemático, además, por otra razón. Si el desvalor de acción del cohecho pasivo consiste en que el funcionario actúa motivado por el soborno, el reproche por su comportamiento, en última instancia, se fundamenta en una actitud interna. Desde el punto de vista de un derecho penal liberal, podría sostenerse que esta concepción del delito es cuestionable. En la medida en que la configuración del cohecho depende del motivo por el cual obra el agente, la ilicitud de la acción, así como la imposición de una pena en particular, resulta condicionada por la presencia de un elemento subjetivo de ánimo, el cual trasciende el mero conocimiento de llevar a cabo la conducta prohibida (en este caso, la aceptación del soborno).²⁰ Ello implicaría, de acuerdo con este argumento, asumir una forma de derecho penal de autor, incompatible con un derecho penal de acto, pues, *grosso modo*, no se castiga al agente por lo que *hace*, sino por sus pensamientos.²¹

²⁰ Esta es una de las razones por las cuales algunos autores sostienen que, para la imputación del dolo, siempre es suficiente con el elemento cognitivo y, por tanto, niegan *toda* relevancia a la intención del agente. Sobre esta perspectiva véase Peralta (2012a), pp. 42-51.

²¹ Por ello, ciertos autores afirman que, cuando el legislador impone como requisito para la comisión de un delito que el agente actúe por motivos reprochables, no alude, en realidad, a un elemento subjetivo, sino a un aspecto objetivo del hecho ilícito. Así, por ejemplo, el comportamiento del juez de retardar maliciosamente la justicia después de vencidos los plazos legales, previsto en el segundo párrafo del art. 273 del Código Penal argentino, haría referencia a la ausencia de una razón válida para el retardo, como la falta de empleados o el exceso de trabajo, y no a una especial intención de perjudicar a una de las partes. En dicho contexto, “maliciosamente” debería ser entendido, pues, como ausencia de justificación, lo cual constituye un elemento objetivo relativo al hecho. Esta interpretación de los motivos, continúa el

Una respuesta al problema: la motivación del agente como fundamento del contenido de ilicitud del cohecho pasivo

Como se ha sostenido previamente, la razón por la cual las concepciones defendidas por Greco y Kindhäuser no pueden captar el desvalor de acción del cohecho pasivo se debe a que la aceptación de un soborno es más grave que un conflicto de intereses o una irrupción de lo público en lo privado. Probablemente, el problema con tales enfoques radica en que su propósito es reconstruir racionalmente la legislación alemana sobre el cohecho, antes que elaborar una propuesta de política criminal. Y la asimilación entre la aceptación de un beneficio por la función o el cargo y la aceptación de un beneficio a cambio de un acto específico del funcionario, tal como se establece en el §331 StGb, desde el punto de vista de la política criminal es cuestionable.²²

La reforma legislativa alemana de 1997, que suprimió el requisito de la vinculación del beneficio con un acto determinado del funcionario, parece haber respondido a la finalidad de facilitar la prueba del cohecho.²³ Ciertamente, uno de los motivos del reemplazo de la expresión “acto de servicio” (*Diensthandlung*) por la fórmula más abstracta “ejercicio del servicio” (*Dienstausübung*), como sostiene Hernández Basualto, consistió en asegurar una respuesta penal en los casos en que, a pesar de haberse acreditado la aceptación del beneficio por parte del funcionario, no resultaba probada la conexión entre tal conducta y la realización de un acto del cargo (Hernández Basualto, 2016, pp. 23-24).²⁴ Empero, la ampliación del alcance de un tipo penal para flexibilizar el estándar de prueba constituye una estrategia de dudosa legitimidad. Aunque tal medida permita alcanzar más fácilmente el estándar probatorio de condena, también da lugar a

argumento, constituiría el único modo de compatibilizar su relevancia con un derecho penal de acto. Para una defensa de este punto de vista, con referencias a la discusión alemana sobre el tema, véase Peralta (2012b), pp. 283-291.

²² Esta parece ser la razón por la cual algunos dogmáticos alemanes se esfuerzan por desarrollar interpretaciones restrictivas del §331 StGb. En este sentido, por ejemplo, ciertos autores afirman que, aun cuando dicha disposición no requiera acreditar la vinculación entre el beneficio y un acto del cargo, la exigencia de bilateralidad del cohecho no se habría eliminado por completo, sino que, por el contrario, solo se habría debilitado. Para una crítica a esta interpretación véase Ambos & Urquiza (2021), pp. 510-511.

²³ Sostienen esta opinión Kindhäuser (2007), p. 3, Ambos & Urquiza (2021), pp. 509-510, y Hernández Basualto (2016), p. 23.

²⁴ La finalidad de superar esta misma dificultad probatoria, según algunos autores, parece haber sido la motivación para la incorporación del delito de cohecho en razón del cargo en la legislación chilena. Al respecto véase Oliver (2021, p. 788). Sobre los distintos problemas probatorios que habría solucionado la incorporación del delito de cohecho en razón del cargo en la legislación chilena, véase Wilenmann (2020, pp. 319-320). Para un análisis dogmático de este delito, con referencias a la doctrina y jurisprudencia española, véase Rodríguez Collao & Ossandón Widow (2021, pp. 373-376).

que se castigue con mayor intensidad comportamientos que merecen un reproche menor —en este caso, la aceptación de un beneficio sin contraprestación determinada—.

De acuerdo con la opinión que se defiende aquí, desde un punto de vista político criminal, la teoría de la deslealtad constituye un enfoque superador respecto de las concepciones previamente expuestas. La dificultad que presentan las teorías defendidas por Greco y Kindhäuser es que limitan el injusto del cohecho a un aspecto objetivo de la conducta, ya sea la mezcla de esferas pública y privada o la incompatibilidad de intereses en la que se coloca el funcionario. Empero, para poder captar el especial desvalor de la aceptación del soborno en comparación con otros hechos ilícitos menos graves, es imprescindible indagar en la razón por la cual el funcionario acepta el beneficio. No obstante, el hecho de que, conforme a esta concepción, el desvalor del cohecho dependa finalmente del propósito por el cual obra el agente podría dar lugar a las críticas que se han señalado con anterioridad. Tales objeciones, sin embargo, se fundan en argumentos que no resultan contundentes.

Principalmente, el problema del argumento que sostiene que al conferir relevancia al propósito del autor se asumiría una forma de derecho penal de actitud interna es que concibe a las motivaciones como si fueran algo completamente ajeno a la conducta realizada; sin embargo, los motivos por los cuales obra el agente están vinculados más directamente a la acción (Manrique, 2019, p. 199). Con ello se hace referencia a que la presencia de esos elementos internos puede ser constitutiva de la acción misma.²⁵ En efecto, la razón que explica la relevancia del propósito del agente para fundamentar la ilicitud de la conducta, en algunos casos, reside en que ciertas actitudes subjetivas cumplen una función expresiva, al manifestar hostilidad hacia el objeto sobre el cual recaen.²⁶

Piénsese, paradigmáticamente, en el delito de hurto. El hecho de que el desapoderamiento sea realizado con ánimo de apropiación determina que la acción pueda ser descrita como un hurto, pues, si el agente tiene en miras otro propósito —*v. gr.*: usar el objeto robado y luego devolverlo—, se trata de una conducta sustancialmente distinta. La razón que explica dicho requisito es que solo cuando el autor obra con intención de apropiarse de una cosa ajena expresa la hostilidad contra el derecho de propiedad que es

²⁵ Sobre la diferencia entre elementos subjetivos que fundamentan el hecho ilícito y elementos subjetivos que cumplen la función de excluir la posibilidad de imputación con dolo eventual véase Roxin (1997), pp. 419-423.

²⁶ Sobre este punto véase Duff (2005), 942-949.

característica de esa acción (Díaz, 2017, p. 153). Dicho de otro modo, para que la conducta transmita el desprecio contra las reglas de propiedad que se quiere captar con la prohibición, es necesario que el autor tenga la intención de apropiarse de ese derecho ajeno (Díaz, 2017, p. 153). Si, en cambio, el agente comete el desapoderamiento para usar la cosa y luego devolverla, al menos en cierta medida, él reconoce a la víctima como titular de un derecho sobre ese objeto; en tal caso, aunque el comportamiento del autor pueda constituir otro hecho ilícito, no refleja la actitud de hostilidad contra la propiedad que, con la prohibición del hurto, se pretende reprochar (Díaz, 2017, p. 154).

De la misma forma, respecto del cohecho, la motivación del funcionario desempeña una función similar. La hostilidad frente a las reglas institucionales se manifiesta *plenamente* cuando la decisión del agente se encuentra motivada por el beneficio ofrecido por el sobornador.²⁷ En efecto, únicamente cuando el soborno es la razón por la cual el funcionario decide llevar a cabo el acto de su función, él expresa que no está dispuesto a regirse por las normas a las cuales debe lealtad; esto es, manifiesta con su conducta que le resultan completamente indiferentes los deberes o principios de su cargo. En cambio, la funcionaria de aduana que, como en el ejemplo planteado, solo acepta el beneficio porque el acto pretendido por el sobornador coincide con lo prescrito por el derecho, no transmite el desprecio total por sus deberes que la prohibición del cohecho tiende a captar. Ciertamente, en tal caso aunque su comportamiento puede configurar otro hecho ilícito,²⁸ ella reconoce, al menos en alguna medida, el valor de tales reglas institucionales, por lo cual no manifiesta la deslealtad característica de esta acción.

²⁷ Si bien, en el caso del hurto, lo relevante es la finalidad o intención trascendente —i. e., *para qué* obró el agente, desde un punto de vista prospectivo—, mientras que en el caso del cohecho, según esta idea, lo relevante es el motivo —i. e., *por qué* obró el agente, desde un punto de vista retrospectivo—, tales diferencias no obstan al punto que se sostiene aquí. En primer lugar, ello se debe a que, como señalan diferentes autores, existe una estrecha conexión conceptual entre motivos e intención, pues ambas actitudes subjetivas comparten algo en común: constituyen estados mentales que trascienden los elementos subjetivos básicos del ilícito penal —i. e., dolo e imprudencia—; de hecho, no es casualidad, como sostiene Peralta, que la clase de argumentos que se brindan para justificar la relevancia de las intenciones y de los motivos sean fundamentalmente similares. En segundo lugar, porque lo que se afirma aquí, simplemente, es que, en ocasiones, ambas actitudes subjetivas pueden cumplir la función de configurar la ilicitud de la acción. Sobre la conexión conceptual entre motivos e intención véanse Husak (1989, pp. 5-8) y Peralta (2012b, pp. 164-168). Sobre la relevancia de las motivaciones para la ilicitud penal véase Tadros (2011).

²⁸ La solución que, *de lege lata*, corresponde dar al caso planteado dependerá de las contingencias del derecho positivo en cuestión. De todos modos, la conducta de la funcionaria que acepta un soborno a cambio de una decisión que ella ya ha decidido tomar, al menos *conceptualmente*, podría reconstruirse como una especie de fraude. Por un lado, el sobornador cree influenciar la decisión de la funcionaria, pero, en verdad, no lo hace, pues ella decidirá igual por otras razones. Por otro lado, la funcionaria omite relevar al sobornador de su error para de esta forma obtener el soborno. Cabe aclarar, no obstante, que aun cuando la situación pueda reconstruirse como un fraude en perjuicio del sobornador, ello no elimina su responsabilidad por el intento de sobornar a la funcionaria.

En definitiva, así como el contenido de ilicitud del hurto requiere que, con su actitud subjetiva, el autor exprese una indiferencia completa hacia el derecho de propiedad de la víctima, la ilicitud del cohecho pasivo no se agota en su dimensión objetiva; esto es, en el acto de aceptación del soborno. Para poder comunicar el especial desprecio por los deberes del cargo público que la prohibición del cohecho procura captar, es necesario que el beneficio que acepta el agente estatal sea el motivo por el cual él se compromete a realizar un acto de su función; solo de esta forma él transmite a los demás que está dispuesto a decidir de la manera que mejor convenga al que le paga. En cambio, el funcionario que recibe un soborno por llevar a cabo un acto que él hubiera realizado de todos modos, como aquel que lo recibe, pero sin ninguna intención de cumplir, no expresan esa disposición. Por ello, el hecho de que el fundamento de la ilicitud del cohecho dependa del motivo por el cual actúa el funcionario no constituye una manifestación de derecho penal de autor o de actitud interna, pues, dicho elemento subjetivo es *constitutivo* de la acción prohibida. Expresado de otro modo, el requisito de que el beneficio recibido sea la razón de la decisión del agente se vincula al *acto*, no al autor.

Algunas implicancias dogmáticas y de política criminal

Objeto del cohecho

La consecuencia más evidente de esta perspectiva es que el concepto de soborno debería incluir la aceptación de toda clase de beneficios, no solo dinero o bienes de naturaleza económica. Si lo que se reprocha al funcionario es que él decida realizar un acto de su función por el beneficio que otro le promete —i. e., su actitud desleal—, ello puede ocurrir tanto si él acepta una promesa de dinero, un reconocimiento honorífico o una oferta laboral.

Desde el punto de vista dogmático, para resolver ciertos casos difíciles que pueden presentarse en la práctica, no se debe limitar el alcance del objeto del cohecho, tal como, por ejemplo, propone Greco con su teoría de la mezcla de esferas pública y privada. En cambio, es necesario analizar si aquello que se ofrece al funcionario, según sus deberes, constituye una buena razón para tomar una decisión del cargo, o, por el contrario, si involucra la infracción de un deber de lealtad. De acuerdo con esto, la razón por la cual no comete cohecho el fiscal que, a cambio de una donación para una organización de caridad, suspende el proceso penal contra el acusado no responde a que, en tal caso, lo

“público se vincule con lo público”. En dicho escenario, no tiene lugar el delito de cohecho, pues, tal como se concibe en determinados ámbitos los deberes del órgano acusador, el ofrecimiento de una donación para una institución de caridad es un motivo adecuado para suspender el proceso. De hecho, bajo ciertas circunstancias, también puede constituir una buena razón para disponer la suspensión del juicio penal el ofrecimiento del acusado de una reparación civil a la víctima, aun cuando los intereses del damnificado por el delito pertenezcan ciertamente a la esfera privada; ello se debe a que los deberes del fiscal exigen también tener en cuenta lo que resulta más conveniente para la víctima. En cambio, *sí* cometería cohecho el fiscal que adoptara esa misma resolución como contraprestación para ser nombrado en un cargo de jerarquía superior, porque realizar actos procesales por intereses personales no constituye un motivo aceptable.

Cohecho antecedente y el denominado *cohecho en consideración al cargo*

De acuerdo con este enfoque, el cohecho debe ser diferenciado de otros comportamientos de los funcionarios públicos, paradigmáticamente, de la aceptación de beneficios que sean otorgados en consideración al cargo —i. e., regalos—, pero que no impliquen un compromiso para realizar cierto acto como contraprestación.²⁹ Si la deslealtad radica en decidir por medio de un razonamiento equivocado, al privilegiar los intereses del sobornador por encima de los deberes o principios a los que se debe ser fiel, no es desleal quien acepta un regalo; en tal caso, al no haberse comprometido a favorecer al dador del obsequio, el funcionario todavía puede creer, equivocadamente o no, que está en condiciones de resolver de modo adecuado, es decir, de conformidad con los principios de su función. No obstante, ello es compatible con la idea de que podrían existir buenas razones para criminalizar dicho comportamiento. Ciertamente, la aceptación de un regalo, en determinadas circunstancias, da lugar a una incompatibilidad de intereses; más precisamente, a un conflicto entre el interés que, por su cargo, el funcionario está obligado a resguardar y el interés particular del dador del obsequio.³⁰ Al aceptar el regalo, el funcionario se ubica en una posición en la que podría verse *tentado* a compensar a la

²⁹ Para una defensa del cohecho como deslealtad institucional del funcionario público, el cual es entendido como sustancialmente diferente de la aceptación de beneficios en razón del cargo véase García Palominos (2019). Entre otros argumentos, dicho autor sostiene que desvincular este delito de la exigencia de una vinculación del beneficio con un acto concreto del funcionario involucra el riesgo de “diluir el significado social y material del concepto de *cohecho*” (García Palominos, 2019, p. 137).

³⁰ Sobre la idea de incompatibilidad de intereses como fundamento de la criminalización de la aceptación de regalos véanse Vázquez-Portomeñe Seijas (2011, pp. 171-173) y Rusca (2021, pp. 12-17).

persona que lo ha beneficiado. Y, tal circunstancia, a su vez, puede ocasionar un riesgo relevante de interferencia con las decisiones de la Administración, lo cual justificaría su criminalización.³¹

Algunos autores tienden a concebir la diferencia entre ambos comportamientos como una cuestión de lesividad. Según este argumento, la mayor gravedad de la pena que, en general, las distintas legislaciones prevén para la aceptación de un soborno en comparación con la aceptación de un regalo se debería a una afectación más intensa del bien jurídico protegido, o, en todo caso, a una afectación plural de bienes jurídicos. En esta línea de análisis, por ejemplo, Guzmán Dalbora sostiene que la recepción de un beneficio otorgado en consideración al cargo, al cual denomina *cohecho en razón del cargo*, configuraría el tipo básico de cohecho, mientras que la aceptación de un beneficio como contraprestación de un acto del funcionario configuraría un tipo calificado de cohecho (Guzmán Dalbora, 2020, p. 359).³² Para este autor, la ilicitud de ambos comportamientos responde a los *mismos* fundamentos lógicos y valorativos, aunque la aceptación de un beneficio a cambio de un acto del cargo involucre una mayor lesividad (Guzmán Dalbora, 2020, p. 359).

Ahora bien, sin perjuicio de cuál sea el potencial bien jurídico afectado por estas prácticas, no puede comprenderse la ilicitud del cohecho *solo* en función de su lesividad. Así, pues, si el bien jurídico protegido por el cohecho fuera la imparcialidad de la administración o la igualdad de los ciudadanos ante el Estado, tal interés resultaría afectado no solo si un funcionario aceptara un soborno, sino también si él cediera a la coacción ejercida por un ciudadano. La razón de que esta última práctica no configure cohecho no se explica por el diferente bien amenazado, sino porque la acción de ceder a

³¹ Así, por ejemplo, es posible que, luego de aceptar un beneficio que ha sido otorgado simplemente en consideración al cargo, el funcionario público, como muestra de agradecimiento, realice un acto determinado que favorezca los intereses del dador del obsequio. De todos modos, el hecho de que un regalo sea otorgado con la *expectativa* de influir en la conducta de otro, y aun cuando *ex-post* efectivamente logre tal cometido, no dejar de ser, por tal razón, un regalo; o, lo que es igual, no se convierte por ello en el pago de un precio por una contraprestación. Ciertamente, como señala Philips, si quien da un obsequio a otro con la expectativa de recibir algo a cambio fracasa en lograr lo que pretendía, no puede afirmarse que haya sido defraudado, como sí es defraudado quien paga el precio de un objeto y no recibe lo que compró. Ello se debe a que, aun cuando recibir un regalo surgiera un deber de ser amable con el dador, no genera la obligación de entregar un objeto de valor similar a cambio. Por tal razón, conforme a la concepción que se defiende aquí, el ejemplo planteado no constituye un caso de cohecho, pues ser sobornado se asemeja a ser comprado, lo cual requiere que el funcionario acepte el beneficio con el *compromiso*, expreso o tácito, de realizar un acto de su función a cambio. Dicho de otro modo, en el caso planteado, no tiene lugar la bilateralidad propia de la aceptación de un soborno, aun cuando el regalo haya sido dado con la expectativa de influir en el funcionario e incluso cuando se haya cumplido dicha expectativa. Sobre esta distinción véanse Philips (1984, pp. 632-635) y Green (2013b, pp. 262-263).

³² En el mismo sentido se expresa Hernández Basualto (2016), pp. 21 y ss.

la coacción es ya cualitativamente distinta de la acción de aceptar un soborno. Con ello se expresa, en definitiva, que la diversa ilicitud de ambas conductas no reside meramente en sus consecuencias, sino que, por el contrario, existe ya una diferencia sustancial desde el punto de vista del desvalor de acción. Dicho de otro modo, *ceteris paribus*, es más grave la acción del funcionario de comprometerse deliberadamente a favorecer a otro —i. e., aceptar un soborno— que la conducta de situarse en una posición en la cual él podría verse *tentado* a favorecer a otro —i. e., aceptar un beneficio en razón del cargo—.

Para dar cuenta de esta diferencia valorativa, resulta, pues, más conveniente reservar el término *cohecho* para la aceptación de beneficios otorgados como contraprestación de un acto del funcionario y, en cambio, utilizar el término aceptación de *regalos* o *dádivas* para los beneficios otorgados simplemente en consideración al cargo. Por esta misma razón, son cuestionables los ordenamientos jurídicos que, como el Código Penal alemán y la legislación del Reino Unido sobre el cohecho, incluyen a ambas conductas en la misma categoría delictiva.

Cohecho antecedente y el denominado *cohecho subsiguiente*

Según cierta opinión, el establecimiento de la misma escala penal para el cohecho subsiguiente que para el cohecho antecedente se fundamentaría en que, en ambos casos, se produce una afectación del bien jurídico protegido. En efecto, independientemente de si se asume que el cohecho protege la imparcialidad de la administración pública, la confianza de los ciudadanos depositada en ella, o el correcto servicio que la administración presta a los miembros de la sociedad, tal bien jurídico resultaría afectado tanto si el funcionario acepta un soborno para tomar una decisión futura como si recibe una contraprestación por un acto ya realizado.³³ Sin embargo, este argumento no convence. Como se ha señalado previamente, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico configura solo una parte del ilícito penal; es necesario, además, determinar cuál es el desvalor de la conducta en sí misma. Así como no debe recibir el mismo tratamiento jurídico el incumplimiento de un contrato que una estafa, aunque ambas conductas lesionen igualmente la propiedad, tampoco resulta legítimo castigar de la misma forma al funcionario que decide *por* un soborno que al que, luego de tomar una decisión por las razones correctas, acepta un beneficio como recompensa. Aunque ambos

³³ En este sentido, Oliver (2004, p. 100).

comportamientos pueden lesionar del mismo modo el bien jurídico protegido por el cohecho, solo el primero involucra una actitud *desleal* por parte del funcionario.

Por estas razones, en definitiva, debería preverse para el denominado *cohecho subsiguiente* una escala penal de menor severidad que la del *cohecho antecedente*, como lo hacen, por ejemplo, el Código Penal Modelo de los Estados Unidos (§ 240.3) y el Código Penal uruguayo (art. 157). A este respecto, son cuestionables las legislaciones que, como el Código Penal alemán (§ 332 StGb), el Código Penal español (art. 240) y el Código Penal chileno (arts. 248, 2º párrafo y 248 bis), equiparan la aceptación de un beneficio por la realización de un acto futuro con la aceptación de una retribución, no acordada previamente, por un acto ya realizado.

Estructura del ilícito del cohecho y dolo del funcionario

Si bien la perspectiva que se defiende aquí no necesariamente resulta válida de *lege lata*, respecto de ciertas legislaciones, permite ofrecer una reconstrucción de la ilicitud del cohecho más adecuada en comparación con las teorías propuestas por Greco y Kindhäuser. Así, por ejemplo, el Código Penal argentino castiga con una pena mayor la aceptación de un beneficio como contraprestación de un acto del funcionario (art. 256) en comparación con la aceptación de un beneficio en consideración al cargo (art. 259). Asimismo, el Código Penal uruguayo prevé una escala penal más severa para el cohecho antecedente (art. 157, primer párrafo) en relación con el cohecho subsiguiente (art. 157, segundo párrafo). Las teorías sostenidas por Greco y Kindhäuser no permiten explicar tales diferencias, pues todos estos delitos involucran una mezcla de esferas pública y privada, o una incompatibilidad de intereses.

La concepción defendida aquí sí puede fundamentar la diferente escala penal prevista para estos delitos: mientras en el cohecho antecedente se reprocha al funcionario su actitud infiel, en los demás casos se le reprocha el acto de colocarse peligrosamente en una posición en la que sus intereses personales podrían interferir con sus decisiones. Consiguientemente, para la atribución del dolo del cohecho antecedente, se requiere que el funcionario acepte el beneficio con el *fin* de realizar un acto del cargo; para la atribución del dolo en los demás casos, en cambio, basta que él acepte el beneficio con *conocimiento* de que se le ofrece por su condición de funcionario público o por un acto ya realizado.

Conclusiones

Una teoría normativa del cohecho debería analizar, además del bien jurídico que esta conducta lesiona o pone en peligro, su desvalor de acción; esto es, aquello que hace a la aceptación de un soborno un comportamiento intrínsecamente incorrecto. Solo de esta manera se puede fundamentar la ilicitud del cohecho pasivo y, consecuentemente, proponer una definición que establezca el alcance y los límites de este delito. En el ámbito continental europeo, son pocos los autores que se han ocupado de este problema. Una excepción a esta tendencia son los interesantes trabajos de los juristas alemanes Luis Greco y Urs Kindhäuser. De todos modos, una dificultad con las teorías defendidas por estos autores reside en que, si bien pueden constituir una reconstrucción dogmática adecuada de la legislación alemana, asimilan el desvalor de acción del cohecho al de comportamientos menos graves. La razón de este problema se explica fundamentalmente por la controvertible regulación legal contenida en el §331 StGb.

En comparación con estos enfoques, la teoría de la deslealtad permite comprender de un modo más acabado la ilicitud del cohecho pasivo. El fundamento del injusto del acto de aceptar un soborno reside en que el funcionario se pasa “al otro lado”; esto es, decide deliberadamente promover los intereses del sobornador por encima de los principios e intereses a los que debe fidelidad. Sin embargo, una objeción importante que puede formularse a la concepción del cohecho como deslealtad consiste en que podría involucrar una forma de derecho penal de ánimo o de actitud interna, en la medida en que el reproche al agente se fundamenta, en última instancia, en el motivo por el cual él toma una decisión relativa al cargo. De todos modos, la crítica no convence. El hecho de que el funcionario actúe motivado por el soborno es relevante no por brindar información acerca del autor, sino porque transmite el desprecio por las reglas y deberes institucionales que la prohibición del cohecho tiene por finalidad reprochar.

Por último, desde el punto de vista político-criminal, la teoría de la deslealtad trae aparejadas consecuencias importantes. Por un lado, la definición del objeto del cohecho debería incluir cualquier clase de beneficios, no solo dinero u objetos de carácter económico. Por otro lado, la aceptación de regalos, denominado por algunos autores *cohecho en consideración del cargo*, y la aceptación de una recompensa por un acto ya realizado por el funcionario, denominado *cohecho subsiguiente*, constituyen hechos ilícitos de menor gravedad. La diferencia del cohecho (antecedente) con tales

comportamientos no reside en una cuestión de mera lesividad, sino que se trata, ya desde el punto de vista del desvalor de acción, de conductas cualitativamente diferentes.

Referencias

Abanto Vásquez, M. A. (2022). Corrupción, lavado de activos y defraudación tributaria. En R. A. Martínez Huamán (Dir.), P. A. Mori Sáenz (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública. Debates Fundamentales* (45-74), Gaceta Jurídica.

Ambos, K., & Urquiza, G. (2021). Corrupción punible y acuerdo ilícito: una aproximación al concepto de Unrechtsvereinbarung. *Estudios Penales y Criminológicos*, *XLI*, 493-550.
<https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/7214>

American Law Institute. (1980). *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments) Part Two - Definition of Specific Crimes - V 2 - Offenses against Property* (§§ 240.0 to 251.4, pp. 1-67). US Dept of Justice United States.

Artaza, O. (2016). La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación típica en el delito de cohecho. *Política Criminal*, *11*(21), 307-339.
<https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol11N21A11.pdf>

Código Penal alemán [StGb], 15 de mayo de 1871 (Alemania).

Código Penal argentino. Ley 11.179, 29 de octubre de 1921 (Argentina).

Código Penal chileno, 12 de noviembre de 1874 (Chile).

Código Penal español. Ley Orgánica 10/1995, 23 de noviembre de 1995 (España).

Código Penal uruguayo. Ley 9.414, 29 de junio de 1934 (Uruguay).

Convención Interamericana de la Corrupción, 29 de marzo de 1996,
http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_b-58_contra_corrupcion.pdf

Díaz, L. (2017). El ánimo de apropiación como elemento del delito de hurto. Reflexiones a partir del plenario “Schneider”. *Lecciones y Ensayos*, (98), 135-162.

Donna, E. A. (2008). *Delitos contra la administración pública* (2ª edición). Rubinzal Culzoni.

Duff, R. A. (2005). Criminalizing Endangerment. *Louisiana Law Review*, *65*(3), 941-965.

García Palominos, G. (2019). (In)compatibilidad del financiamiento ilegal de la actividad parlamentaria con el delito de cohecho (art. 248 y ss. CP). *Política Criminal*, *14*(27), 122-172. <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol14N27A5.pdf>

- Greco, L. (2016). Aproximación a una teoría de la corrupción. *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, (5), 44-57.
- Green, S. P. (2005). What's Wrong with Bribery. En R. A. Duff & S. P. Green (Eds.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law* (43-64), Oxford University Press.
- Green, S. P. (2013a). *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (trad. de J. R. A. Sanllehí, M. Amorós Bas & Í. Ortiz De Urbina). Marcial Pons.
- Green, S. P. (2013b). Official and commercial bribery: should they be distinguished? En J. Horder & P. Alldridge (Eds.), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives* (39-65), Cambridge University Press.
- Green, S. P., & Kugler, M. B. (2012). Public Perceptions of White Collar Crime Culpability: Bribery, Perjury, and Fraud. *Law and Contemporary Problems*, 75(2), 33-59.
- Guzmán Dalbora, J. L. (2020). Integridad ministerial y autonomía de las funciones públicas como bien jurídico del delito de cohecho en razón del cargo. En J. L. Guzmán Dalbora & A. Zuñiga Fajuri (Eds.), *Delito, Naturaleza y Libertad. Temas y problemas de Filosofía del Derecho y Filosofía jurídico-penal* (337-368), Tirant lo Blanch.
- Guzmán Dalbora, J. L. (2021). El delito de cohecho en Iberoamérica: sinopsis comparativa. En K. Ambos, E. Malarino & M. C. Fuchs (Eds.), *Corrupción y Derecho Penal: prevención, investigación y sanción. Estudio Comparado* (123-141), Tirant lo Blanch.
- Hernández Basualto, H. (2016). La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación del delito de cohecho. *Revista de Ciencias Penales, Sexta Época, XLIII*(4), 15-27.
- Husak, D. (1989). Motive and Criminal Liability. *Criminal Justice Ethics*, (3), 3-13.
- Kindhäuser, U. (2007). Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán. *Política Criminal*, 2(3), 1-18. https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/a_1_3.pdf
- Loos, F. (2009). Del Bien Jurídico en los delitos de cohecho (trad. de José Luis Guzmán Dalbora). En K. Ambos & H. Radtke (Coords.), *Estudios filosóficos-jurídicos y penales del Prof. Dr. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años* (143-162). Editorial Jurídica de Chile.
- Manrique, M. L. (2019). Delitos de odio y motivos emocionales. *Análisis Filosófico*, XXXIX(2), 1-31. <http:// analisisfilosofico.org/index.php/af/article/view/323/256>

- Mañalich Raffo, J. P. (2018). El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (51), 1-28.
<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1199/pdf>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2004). *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*.
https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2017). *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional* (2ª ed.).
https://www.unodc.org/lpomex/uploads/documents/Publicaciones/Corrupcion/Estado_de_la_aplicacion.pdf
- Olaizola Nogales, I. (1999). *El delito de cohecho*. Tirant lo Blanch.
- Oliver, G. (2004). Aproximación al delito de cohecho. *Revista Estudios de la Justicia*, (5), 83-115. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15047/15467>
- Oliver, G. (2021). Juicio crítico sobre las últimas modificaciones legales al delito de cohecho (Ley N° 21.121). *Política Criminal*, 12(32), 773-797.
<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2021/12/Vol16N32A10.pdf>
- Peralta, J. M. (2012a). Dolo, intención y derecho penal de acto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, II(5), 40-55.
- Peralta, J. M. (2012b). *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el derecho penal liberal*. Marcial Pons.
- Philips, M. (1984). Bribery. *Ethics*, 94(4), 621-636.
- Rodríguez Collao, L., & Ossandón Widow, M. (2021). *Delitos contra la función pública* (3ª ed.), Editorial Jurídica de Chile.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. de la 2ª ed. alemana y notas de D. M. Luzón Peña, M. Díaz, García Conlledo & J. Vicente Remesal, 1ª edición). Civitas.
- Rusca, B. (2020). *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. Marcial Pons.
- Rusca, B. (2021). ¡Feliz cumpleaños, señor funcionario! Sobre la justificación de la criminalización de la aceptación y el ofrecimiento de regalos en el ámbito de la Administración Pública. *Revista Direito GV*, 17(1), 1-35.
- Sullivan, B. (2013). Reformulating bribery: a legal critique of the Bribery Act 2010. En J. Horder & P. Alldridge Peter (Eds.), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives* (13-38). Cambridge University Press.
- Tadros, V. (2011). Wrongdoing and Motivation. En R. A. Duff & S. P. Green (Eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law* (206-227). Oxford University Press.

UK Bribery Act 2010, 8 de abril de 2010,

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>

Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (2011). Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado “cohecho de facilitación”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época (6), 151-180.
<https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24619/19512>

Wilenmann, J. (2020). El derecho frente a la resistencia a la criminalización bajo el ejemplo de los delitos de corrupción. *Política Criminal*, 15(29), 310-330.
<https://politerim.com/wp-content/uploads/2020/07/Vol15N29A11.pdf>

Cómo citar: Rusca, B. (2023). El cohecho pasivo como deslealtad del funcionario público. *Revista de Derecho*, (28), e3257. <https://doi.org/10.22235/rd28.3257>

Contribución autoral: a) Concepción y diseño del trabajo; b) Adquisición de datos; c) Análisis e interpretación de datos; d) Redacción del manuscrito; e) revisión crítica del manuscrito.

B. R. ha contribuido en a, b, c, d, e.

Editora científica responsable: Dra. María Paula Garat.