

Delitos contra la Administración Pública

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO

(Director)

Jurista Editores E.I.R.L.

Luis Miguel Reyna Alfaro
(*Director*)

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Primera Edición: Enero 2009

Delitos contra la Administración Pública

© **LUIS MIGUEL REYNA ALFARO**
Director

© **JURISTA EDITORES E.I.R.L.**

LIMA

Jr. Miguel Aljovín N° 201
Teléfonos: 427-6688 - 428-1072
Telefax: 426-6303

SUCURSALES:

TRUJILLO

Jr. Bolívar N° 542
Telf.: (044) 200785

AREQUIPA

Calle Colón N° 127 - Cercado
(054) 203794

© **Derechos de Autor Reservados**
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2008-15842

ISBN: 978-9972-229-61-9

Composición, Diagramación y Diseño de Carátula
Víctor Arrascue Cárdenas

ÍNDICE GENERAL

PARTE I

Política Criminal y Parte General de los delitos contra la Administración Pública

- **Prof. Dr. Urs Kindhäuser.** Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Bonn, Alemania. «*Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad*». 15
- **Prof. Dr. Norberto J. De La Mata Barranco.** Profesor de Derecho penal de la Universidad del País Vasco, España. «*Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública*». 41
- **Prof. Dr. Luis Rodríguez Collao.** Catedrático de Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Valparaíso, Chile. «*Delimitación del concepto penal de corrupción*». 73
- **Profa. Dra. Inés Olaizola Nogales.** Profesora de Derecho penal de la Universidad Pública de Navarra, España. «*Los delitos contra la Administración Pública. Tendencias actuales de la Política Criminal en España. Una auditoría al CP*». 101
- **Prof. Dr. Alessandro Spina.** Profesor de Derecho penal de la Universidad de Palermo, Italia. «*El principio de ofensividad en la interpretación de las normas sobre el peculado y la corrupción*». 147
- **Prof. Dr. Joan Josep Queralt.** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, España. «*La venalidad en los negocios privados: Nuevos peligros para la integridad empresarial*». 219

Delitos contra la Administración Pública

- **Prof. D. Luis Reyna Alfaro.** Profesor de Derecho de las Universidades Inca Garcilaso de la Vega y San Martín de Porres, Perú. *«El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública»*. 247
- **Prof. D. Raúl Pariona.** Magíster LL.M. y doctorando en la Universidad de Munich (Alemania). *«¿Debe fundamentarse la «autoría mediata en virtud de dominio por organización» en la «disposición al hecho»? A propósito de la acusación fiscal contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori»*. 263
- **Profa. Dra. Elena Burgoa.** Profesora de Derecho penal de la Universidad Nova de Lisboa, Portugal. *«Hacia una nueva regulación de la prescripción en los delitos contra la administración pública. Un debate de actualidad»*. 283
- **Prof. Dr. Jorge Eduardo Buompadre.** Catedrático de Derecho penal de la Universidad Nacional del Nordeste, Argentina. *«La responsabilidad penal del funcionario público en el área de la administración. Abuso de poder político y económico»*. 329

PARTE II

Parte Especial y Cuestiones de Derecho procesal penal

- **Prof. Dr. Guillermo Oliver Calderón.** Profesor de Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. *«Aproximación al delito de cohecho en el Código penal chileno»*. 343
- **Prof. Dr. Jorge Vizueta Fernández.** Profesor de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza, España. *«Una revisión crítica del cohecho de funcionario público regulado en el Código penal español»*. . 405
- **Prof. Dr. José Luis Guzmán Dalbora.** Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Antofagasta, Chile. *«La malversación de caudales en el Código Penal chileno»*. 495
- **Prof. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel.** Catedrático de Derecho penal de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Ecuador. *«El delito de peculado»*. 553

Índice General

• Prof. Dr. José Luis Castillo Alva. Profesor de Derecho penal de la Academia de la Magistratura, Perú. « <i>Negociación incompatible</i> ».	575
• Prof. Dr. Marco Antonio Terragni. Catedrático de Derecho penal de la Universidad Nacional del Litoral, Argentina. « <i>Enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos</i> ».	619
• Profa. Dra. Inma Valeije Álvarez. Profesora de Derecho penal de la Universidad de Vigo, España. « <i>Elementos estructurales para una tipificación de la corrupción en la Unión Europea</i> ».	645
• Prof. Dr. Miguel Pérez Arroyo. Profesor de Derecho penal de la Universidad de San Martín de Porres, Perú. « <i>Las prohibiciones probatorias en el proceso penal: Las reglas de exclusión y las reglas de excepción. ¿Innovación dogmático procesal a propósito de los procesos anti-corrupción y contra la administración pública?</i> ».	703

Presentación

Las tendencias del discurso jurídico penal moderno suelen ser pasajeras; son escasos los sectores del debate científico que permanecen constantemente en la palestra. Uno de esos sectores viene conformado por *los delitos contra la administración pública*. La producción jurídica nacional es buena muestra de aquello: A los textos ya conocidos de Juan Portocarrero Hidalgo (*Delitos contra la administración pública*, Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1995), Fidel Rojas Vargas (*Delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2001) y Manuel Abanto Vásquez (*Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Palestra, Lima, 2001), por citar sólo los más importantes, se suman monografías de singular importancia como la recientemente publicada por Percy García Caveró y José Luis Castillo Alva (*El delito de colusión*, Grijley, Lima, 2008).

Pese al indudable desarrollo de la ciencia penal nacional en este ámbito, no puede dudarse que el tratamiento legal y jurisprudencial de los delitos contra la administración pública sigue evidenciando problemas de muy difícil resolución. En el propósito de disminuir dichos déficits, se inició, en el año 2006, la coordinación de esta obra que reúne, sin falsa modestia de por medio, a lo más granado de la ciencia jurídico penal en nuestro idioma: Todos los participantes, sin excepción, han desarrollado monográficamente los aspectos más trascendentes de los delitos contra la administración pública. El lector especializado puede reconocerlo simplemente con ver el nombre de los autores de la obra. A este indiscutible mérito debe añadirse la convergencia de plurales puntos de vista: Las contribuciones provienen de autores procedentes de Alemania, España, Italia, Portugal, Argentina, Chile, Ecuador y Perú.

Pese al esfuerzo propio de la labor de coordinación de la obra, es gratificante observar cómo el producto final supera las expectativas inicia-

Presentación

les. Espero que la lectura de la obra genere en su lector una sensación similar. Si esto resulta así, el propósito que guió este proyecto se habrá conseguido.

En Miraflores, a los cinco días del mes de enero de 2009.

Luis Miguel Reyna Alfaro

PARTE I

Política Criminal y
Parte General de los delitos
contra la Administración Pública

PRESUPUESTOS DE LA CORRUPCIÓN PUNIBLE EN EL ESTADO, LA ECONOMÍA Y LA SOCIEDAD*

PROF. DR. URS KINDHÄUSER
Universidad de Bonn, Alemania

I. INTRODUCCIÓN

1. Quien revise los periódicos alemanes, no necesita buscar mucho tiempo para toparse con titulares sobre casos de corrupción. En este momento ocupan a la opinión pública, entre otras cosas, noticias sobre pagos de coimas por parte de proveedores a los encargados de las compras de las empresas automotrices. Así, por ejemplo, el proveedor francés Faurecia habría realizado pagos ascendentes a cerca de casi de un millón de euros a distintos trabajadores de BMW, para que BMW compre de forma preferente autopartes de la firma francesa. Igualmente, algo de polvo han levantado las manipulaciones de partidos de fútbol a través de la corrupción de árbitros. Con ello se trataba de influir en los resultados de las apuestas de fútbol. Muy significativos han sido también los procesos penales contra los directores de clínicas médicas universitarias que recibieron dinero de empresas farmacéuticas para fines de investigación y como contraprestación solicitaron la adquisición de productos de estas empresas.

2. Que los casos descritos se extiendan desde el deporte pasando por la economía hasta la Administración estatal, muestra que la problemática de la corrupción abarca todos los ámbitos de la vida social. En cierta

* Traducción del original alemán *Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft*. Conferencia dictada en el Curso Internacional de Derecho penal: *Problemas actuales de los delitos cometidos por funcionarios públicos y delitos económicos*. Universidad de Piura, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Pontificia Universidad Católica del Perú y Grijley. Lima, 6 de octubre de 2006. Traducción a cargo del Prof. Percy García Caverio (Universidad de Piura).

medida, no hay ningún espacio libre de corrupción. Además, la corrupción es vista como un peligro cuyo enfrentamiento se considera mundialmente urgente. Alemania se ha comprometido especialmente a ello mediante una serie de acuerdos europeos y de Derecho internacional público¹.

En lo que sigue, sin embargo, no quisiera entrar detenidamente en las particularidades de los delitos de corrupción en el Código penal alemán. Quisiera, más bien, plantear las cuestiones de qué debe entenderse por corrupción y en qué ámbitos de la vida resulta conveniente castigarla desde el punto de vista de los principios generales del Derecho penal. Con ello, quisiera defender la tesis de que la corrupción, como tal, no es un delito autónomo y, por consiguiente, tampoco puede formularse un tipo penal general del delito de corrupción. Corrupción es, más bien, una determinada forma de agresión con la que se puede vulnerar los más distintos intereses penalmente protegidos. Los delitos de corrupción pueden dirigirse contra diversos bienes jurídicos. Por lo tanto, lo determinante para la legitimidad de la pena estatal es la circunstancia de que el autor ha puesto en peligro o lesionado por la vía de la corrupción un bien digno de protección.

Si bien mi tesis tiene como consecuencia en el plano de la política jurídica que los delitos de corrupción se puedan ampliar en su ámbito de aplicación o aplicar a nuevos sectores sociales, los elementos específicos de la corrupción no necesitan por ello ser modificados. En la discusión político-jurídica alemana y europea se comete precisamente este error: se modifican los elementos de las formas de agresión corruptivas para ampliar el ámbito de aplicación del delito y se sanciona, de esta manera, conforme al tenor literal formas de comportamiento que, o no son en lo absoluto criminal, o no tienen ya un carácter de corrupción.

3. En concreto, quisiera proceder de la siguiente forma: quisiera comenzar con un rápido vistazo a la situación jurídica en Alemania (II). Luego quisiera analizar los elementos específicos de la corrupción y dar una definición general de la corrupción como forma de agresión delictiva

¹ Una visión general, *Dannecker*, en *Kindhäuser, Neumann, Paeffgen*, Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK), preliminares al § 299, n.m. 1 y ss.; *Tiedemann*, en *Jähnke* y otros (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK), 11. Aufl., desde 1992, preliminares al § 298 n.m. 1 y ss.; § 299, n.m. 1 y ss.

(III). En un tercer momento quisiera determinar de manera más detallada las conductas delictivas de corrupción (IV). Seguirán luego algunas consideraciones sobre la determinación del bien jurídico protegido frente a la corrupción en el Estado (V) y en la economía (VI). Finalmente quisiera mostrar por qué la corrupción no debería ser sancionada penalmente en otros ámbitos sociales (VII).

II. SOBRE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN

1. Respecto de la corrupción, el Derecho penal alemán² diferencia entre el cohecho de funcionarios públicos y los cohechos en el tráfico comercial. En ambos casos, hay un tipo penal específico para el que recibe la ventaja y para el que la entrega.

2. En concreto, el Derecho penal alemán regula, en primer lugar, el caso de la «aceptación de ventaja» por un funcionario público (parágrafo 331 del Código penal alemán). Realiza este tipo penal quien como funcionario solicita, se hace prometer o acepta una ventaja para sí o para un tercero por el ejercicio de sus funciones. Se trata de un delito especial, pues sólo puede ser cometido por aquél que se desempeña en el marco de una función estatal. La función estatal puede cumplirse incluso en una forma de organización de Derecho privado. Determinante es sólo que el autor se desempeñe en cierta medida como brazo ampliado del Estado. En el caso de los jueces, la pena prevista es adicionalmente agravada. Como ventaja entra en consideración toda situación de mejora³, por lo que junto a las prestaciones financieras pueden considerarse también, por ejemplo, los favores sexuales o la obtención de cargos honoríficos.

El complemento de la aceptación de ventaja es el «otorgamiento de ventaja» (parágrafo 333 del Código penal alemán). Con base en este tipo penal se castiga a quien ofrece, promete u otorga a un funcionario público una ventaja para sí o para un tercero por el ejercicio de sus funciones. Este hecho delictivo no es un delito especial, pues puede ser cometido por cualquier ciudadano.

² Los delitos son reproducidos en el apartado VIII.

³ Cfr. BGHSt 35, 128 (133); NK-Kublen, § 331, n.m. 33 y ss.

En las formulaciones de los tipos penales mencionados son dignas de resaltarse dos particularidades que el legislador alemán ha introducido recién hace pocos años en los tipos penales con la finalidad de sortear dificultades de interpretación y de prueba. Por un lado, la ventaja no necesita estar referida a una determinada actuación funcional, sino solamente al ejercicio de funciones en general, pues a menudo resultaba difícil de demostrar a qué actuación funcional exactamente estaba referida la ventaja en el caso concreto. Ahora se puede abarcar sobre todo la llamada «alimentación», en la que se le hace llegar dinero a un funcionario público en un principio sin indicación de un fin concreto, para mantenerlo así dependiente y tenerlo disponible para futuras actuaciones funcionariales.

Por otro lado, el receptor de la ventaja no necesita ser el funcionario público. La ventaja puede favorecer, más bien, a cualquier tercero, y esto significa también a la corporación pública en la que trabaja el funcionario público. Conforme a ello, nada se opondría a una aceptación de ventaja punible si el director de la clínica en el caso mencionado al inicio hubiese empleado los medios para su investigación universitaria.

3. En los delitos de aceptación de ventaja y de otorgamiento de ventaja respectivamente existe un tipo penal cualificado que resulta aplicable cuando la ventaja está referida a una infracción del deber funcional. La infracción del deber debe consistir en una acción u omisión plenamente determinada, no siendo suficiente la actividad funcional en general. Al tipo penal cualificado se le denomina «cohecho pasivo» (parágrafo 332 del Código penal alemán) cuando el funcionario público es el autor, y «cohecho activo» (parágrafo 334 del Código penal alemán) cuando se refiere a la conducta típica del otorgante de la ventaja. Nuevamente la pena se agrava si el hecho es o debe ser emprendido por un juez.

4. Como un caso especial de corrupción en el ámbito estatal está penalizado, en primer lugar, la «corrupción de electores» (parágrafo 108 b del Código penal alemán). Este tipo penal se aplica cuando se compra o vende un voto para un parlamento. En segundo lugar, es punible la «corrupción de diputados» (parágrafo 108 e del Código penal alemán), la cual abarca la compra o venta de votos en las votaciones parlamentarias.

5. Los tipos penales de la corrupción económica han copiado los de cohecho pasivo y cohecho activo en el ámbito estatal con casi idéntico tenor literal. Así pues resulta punible por «cohecho pasivo en el tráfico

comercial» (parágrafo 229 inciso 1 del Código penal alemán), quien como dependiente⁴ o encargado de una empresa comercial solicita, hace prometer o acepta una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para dar de manera desleal preferencia a otro en la adquisición de bienes o servicios comerciales en competencia⁵.

Como complemento de lo anterior, se sanciona penalmente por cohecho activo a quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrece, promete u otorga a un dependiente o encargado de una empresa comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que de manera desleal le prefiera a él o a otro en la adquisición de bienes o servicios comerciales. La preferencia debe consistir en una acción determinada. La compra de una disposición favorable en general no resulta suficiente.

Dignos de resaltar en estos dispositivos son nuevamente dos aspectos: Estos dispositivos están referidos, en primer lugar, solamente a la competencia, esto es, al intercambio de servicios en el tráfico comercial, en el que hay más de un ofertante de bienes o servicios comerciales. En segundo lugar, como receptor de la ventaja solamente entran en consideración personas que están empleadas permanentemente en la empresa o fueron encargadas para un negocio determinado. No se incluye al propietario mismo de la empresa comercial. No habrá corrupción, por tanto, si el propietario de una empresa recibe de cualquier forma prestaciones adicionales para que prefiera a un ofertante frente a los competidores. En contra de muchas voces críticas en Alemania, considero que esta regulación, lo que quisiera mostrar luego, resulta adecuada.

III. LOS ELEMENTOS DE LA CORRUPCIÓN

1. El concepto de corrupción proviene en su sentido literal de la palabra latina «corrumpere» y es utilizada en un sentido amplio como expresión de corruptela, decadencia y perversión moral. A este sentido

⁴ En el ámbito de una actuación privada del Estado se incluyen también los funcionarios de una corporación de Derecho público, cfr., *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl., 2006, § 331, n.m. 10.

⁵ Dar preferencia consiste en poner en mejor posición competitiva a otro frente a otros competidores, cfr., BGH NJW 2003, 2996 (2997).

literal se añaden definiciones de corrupción orientadas al autor que consideren como corrupción la infracción de un deber a causa de ventajas indebidas⁶. Tal definición es, sin embargo, demasiado amplia para abarcar lo específico de la corrupción penalmente relevante. También el autor de una infidelidad patrimonial, de una defraudación tributaria o de una infracción del deber de alimentos no cumple con sus obligaciones a causa de alguna ventaja. Resulta pues muy poco para la corrupción centrarse solamente en la infidelidad en una relación interna de cualquier índole.

Insuficiente es también una definición orientada al autor que entiende por corrupción una «conducción incorrecta subrepticia contraria a deber movida por un interés personal»⁷. También la contaminación de aguas lesiva del medio ambiente o la infracción de un deber de llevar contabilidad constituyen actuaciones incorrectas subrepticias movidas por un interés personal. En general, la mayoría de los delitos son cometidos por un interés personal y especialmente de forma subrepticia.

2. En la correcta dirección van, por el contrario, las definiciones que conceptúan la corrupción como una relación de dos partes. Así, por ejemplo, se observa en la corrupción un «intercambio irregular de ventajas»⁸. La doctrina dominante en Alemania considera, en este sentido, que el elemento esencial de la corrupción es un denominado «acuerdo delictivo». El comportamiento del receptor de la ventaja y el otorgamiento de la ventaja deben estar en una mutua relación sinalagmática: La prestación debe realizarse, pues, por la contraprestación. En este entendimiento de la corrupción resulta correcto que el comportamiento del receptor de la ventaja y el otorgamiento de la ventaja deban estar unidos el uno con el otro. No obstante, la definición es demasiado limitada si se centra solamente en una relación irregular de intercambio entre el comportamiento del receptor de la ventaja y el otorgamiento de la ventaja. También la receptación o el pago por «trabajo negro» constituyen relaciones irregulares de intercambio de prestaciones, y, sin embargo, nada tienen que ver con la corrupción.

⁶ Cfr., *Dölling*, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts um der Gefahr vor Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen? Gutachten C zum 61. Deutschen Juristentag, München, 1996, C 10 con mayores referencias.

⁷ Así, *Kube/Vahlenkamp*, *Verwaltungsarchiv* 85 (1994), p. 434.

⁸ *Volk*, *Zipf-Gedächtnisschrift*, 1999, p. 419 (421).

3. Lo específico de la corrupción aparece con claridad si se comparan dos casos uno con otro. Primer caso: El asesino K mata a la víctima O por la recompensa que le ha prometido su mandante A. Segundo caso: El funcionario policial P deja huir al detenido en prisión preventiva U por la recompensa que le ha prometido su mandante A. En ambos casos, el autor se deja pagar por la comisión de un delito. Sin embargo, solamente en el segundo caso se ha dado una corrupción. La diferencia entre ambos casos radica claramente en que el funcionario policial tiene no sólo el deber general de omitir la liberación del detenido –como el asesino tiene el deber general de no matar a otro–, sino también el deber específico frente a su jefe del servicio de vigilar al detenido. Un elemento esencial de la corrupción es, por tanto, que la recompensa esté referida a una especial posición de deber en favor de otro. El receptor de la ventaja debe estar obligado a cautelar con su comportamiento los intereses de un mandante. En otras palabras: Como receptor de una corrupción entra en consideración solamente un «encargado».

Con todo, falta aún un elemento esencial de la corrupción, como lo muestra el siguiente ejemplo: Para que el policía P pueda detener a un delincuente fugitivo, su amigo F le presta su moto. Aquí P recibe una ventaja para una actuación funcional sin que se trate de un caso de corrupción. Tampoco existiría corrupción en este caso si la actuación funcional fuese antijurídica, por ejemplo, si P quería detener a un inocente, pues, en todo caso, el préstamo de la moto posibilita la ejecución de la actuación funcional, sea ésta acorde o contraria a Derecho. La corrupción requiere, por tanto, que la ventaja no sea útil para la actuación funcional en cuestión. Por el contrario, la ventaja debe, más bien, ir en contra del interés en el correcto ejercicio de la actuación funcional. Esencial para la corrupción es, entonces, una incompatibilidad entre el interés que el encargado tiene que cautelar en virtud de su especial posición de deber, y el interés al que se vincula por la aceptación de la ventaja. A esta incompatibilidad de intereses habrá que acudir luego cuando se trate de determinar los bienes jurídicos protegidos frente a la corrupción.

4. A partir de las consideraciones hasta ahora hechas quisiera definir la corrupción como la vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido. Expliquemos y precisemos un poco más los elementos particulares de esta definición.

- a) Corrupción requiere, en primer lugar, una relación trilateral. A una persona se le debe haber confiado la tarea de actuar en interés de un tercero. Debe ser, como ya se dijo, encargado de un tercero. Además, para que la corrupción valga la pena, el encargado debe por lo general ser una persona que pueda tomar decisiones de cierto peso. En primera línea hay que pensar aquí en decisiones y actuaciones jurídicamente relevantes. Debe haber también una persona que pueda otorgar una ventaja. Si bien esta persona es, por lo general, el afectado por la decisión, puede perfectamente ser un tercero ajeno por completo.
- b) En la definición propuesta, el concepto de ventaja no se refiere necesariamente a un beneficio financiero. Por el contrario, todo lo que pueda motivar a un ser humano, puede también entrar en consideración como ventaja.
- c) Para que exista corrupción, el otorgamiento de la ventaja debe estar referido a una posición de deber del encargado. Quien luego de un partido invita una cerveza a un policía que juega fútbol en su tiempo libre, no comete corrupción alguna. Importante es además que la relación entre la posición de deber y la ventaja sea indebida y, por tanto, lleve al encargado a una incompatibilidad de intereses.

En este contexto, se plantea la cuestión de cuáles son los criterios para determinar en la corrupción una incompatibilidad de intereses entre la ventaja y la posición de deber. Estos criterios no pueden establecerse de forma abstracta, pues la corrupción puede presentarse en ámbitos de la vida muy diversos. La ponderación debe orientarse, más bien, a los intereses que el obligado tiene que tener en cuenta en el ejercicio de su poder de decisión. Si concuerda con estos intereses que tenga que producirse una contraprestación beneficiosa por un determinado comportamiento, entonces habrá conexidad. Si, por el contrario, contradice los intereses a tener en cuenta que determinado comportamiento esté vinculado en general o no en una determinada forma y modo con una contraprestación, entonces la vinculación irregular del ejercicio del poder de decisión con una ventaja será corruptiva.

5. Puede que mis consideraciones suenen triviales, pero no lo son en lo absoluto. En la discusión jurídico-política europea y alemana existen diversos proyectos de reforma de los delitos de corrupción, en los que los

elementos señalados de la corrupción no son abarcados correctamente. Por ejemplo, conforme a un reciente proyecto de ley alemán habría ya una aceptación de ventaja si un funcionario «solicita, hace prometer o acepta una ventaja para sí o un tercero en relación con su función»⁹. De forma similar, el proyecto de ley de un grupo de trabajo del Consejo de Europa define la corrupción como la promesa, ofrecimiento u otorgamiento de una ventaja para un funcionario o un tercero por la omisión o ejercicio de una actuación funcional¹⁰.

En estas propuestas falta claramente lo esencial de la corrupción: la incompatibilidad de intereses entre el ejercicio del poder funcional de decisión y la ventaja. A consecuencia de este déficit se abarcarán en el tipo penal conductas funcionariales jurídicamente reguladas. Un ejemplo extremo: El Derecho procesal penal alemán prevé únicamente para el caso de una escasa culpabilidad la posibilidad de sobreseer un proceso penal a cambio del pago de una multa a un tercero, por ejemplo, a una organización caritativa. Dado que en este caso el pago de una ventaja dineraria se realiza en relación con el sobreseimiento del proceso, cumplirían el juez y el fiscal el tipo penal de corrupción, estando, en todo caso, justificados por la regulación procesal penal. Que esto constituye un desorden dogmático no necesita de mayor fundamentación.

Un tipo penal que criminaliza un comportamiento corruptivo debe, por tanto, considerar ya en su formulación la contrariedad de intereses de la vinculación del poder de decisión con la ventaja. Por el contrario, ni la decisión ni la ventaja necesitan ser antijurídicas desde una perspectiva aislada. En efecto, también actuaciones funcionariales permitidas e incluso exigidas pueden estar en una relación inconexa con el otorgamiento de la ventaja.

IV. CONDUCTAS DELICTIVAS DE CORRUPCIÓN

1. Después de las consideraciones sobre los elementos esenciales de la corrupción quisiera abordar brevemente la determinación de las conductas delictivas correspondientes. Si con la corrupción se trata de un acuerdo

⁹ BT-Drs. 13/3353 v. 18.12.1995

¹⁰ Cfr., Möbrenschlager, Verhandlungen des Deutschen Juristentages (*op. cit.* nota 6), tomo II, L 98 y ss.

sobre el otorgamiento de una ventaja por el ejercicio de un poder de decisión, entonces las conductas delictivas de corrupción se pueden circunscribir analógicamente con las reglas jurídico-civiles de la celebración y cumplimiento de un contrato. Se comienza con las manifestaciones a través de las cuales una de ambas partes muestra su disposición de concluir el acuerdo, lo que desde el lado del «otorgante de la ventaja» significa «ofrecer» y desde el lado del «receptor de la ventaja» significa «solicitar». Sigue, como segundo paso, que el correspondiente receptor de la declaración se manifieste conforme con la conclusión del acuerdo, esto es, el prometer o, en todo caso, hacer prometer la ventaja. El acuerdo es finalmente cerrado, en tanto el receptor de la ventaja acepte la ventaja y el otorgante de la ventaja otorgue la ventaja.

Por regla general, la corrupción se refiere a una decisión todavía pendiente. Sin embargo, puede tener perfectamente sentido en supuestos particulares recompensar posteriormente una decisión ya tomada con el otorgamiento de una ventaja contraria a los intereses. Si bien en un caso como éste no tiene lugar un intercambio sinalagmático de prestaciones, puede anunciarse de este modo, con vista a una conducta futura, la disposición a ulteriores acuerdos. Se trata pues en cierta medida de un estadio de preparación que puede ser entendida de nuevo analógicamente con base en el Derecho civil como situación de *invitatio ad offerendum*.

2. En el Derecho penal alemán las conductas delictivas del receptor de la ventaja y las conductas delictivas del otorgante de la ventaja respectivamente están reguladas en tipos penales separados. Ninguno de los tipos penales correspondientes requiere que se haya llegado a un acuerdo o realización exitosa. Por lo tanto, el tipo penal de corrupción se realiza ya si solamente se solicita u ofrece una ventaja, independientemente de si la otra parte acepta el negocio. En este sentido, los tipos penales tienen la naturaleza del llamado delito de emprendimiento (impropio), en el que la tentativa es equiparada formalmente a la consumación. Si el autor es un juez, se castiga incluso la tentativa de la aceptación de la ventaja, esto es, la tentativa de solicitar una ventaja (parágrafo 331 inciso 2 del Código penal alemán).

3. Un adelantamiento de la punibilidad en un estadio temprano del delito es una decisión legislativa que está justificada si el bien jurídico a proteger es de especial importancia. Si es correcta mi tesis de que la co-

rrupción no es un injusto genuino, sino solamente una forma de agresión, entonces la sola circunstancia de que el autor proceda corruptamente no es todavía un fundamento para sancionarlo. La respuesta a la cuestión de la punibilidad del comportamiento corrupto depende, más bien, del especial merecimiento de protección de los bienes jurídicos que, según las circunstancias, son afectados de forma especialmente dañosa a través de la corrupción. Por ello, se procederá, en lo que sigue, a analizar los ámbitos del Estado, la economía y la sociedad en general desde el planteamiento de la cuestión de si una protección de los bienes relevantes frente a la corrupción se presenta adecuada y dado el caso en qué medida.

V. CORRUPCIÓN EN EL ESTADO

1. Sobre el bien jurídico protegido por los delitos de corrupción estatal reina la discusión en Alemania desde hace décadas. Tradicionalmente se enfrentan entre sí sobre todo dos posiciones¹¹. Conforme a un parecer, mediante la prohibición del cohecho de un funcionario debe preservarse la voluntad del Estado ante falsedades de contenido. El parecer contrario pretende asegurar la capacidad de funcionamiento de la Administración ante supuestos que la ponen en peligro, es decir, respecto de la confianza de la opinión pública en la objetividad de las decisiones de la Administración. Si bien ambas posiciones repercuten en aspectos importantes del fin de protección de los delitos de corrupción, esto se pone de manifiesto sólo de forma muy imprecisa.

La confianza de la opinión pública apenas puede ser considerada el bien protegido de los delitos de corrupción. En un Estado en el que, por ejemplo, la corrupción es el pan de cada día y en el que, por tanto, no existe ninguna confianza en la Administración, la corrupción no podría ser castigada. Falta pues una confianza que proteger. En consecuencia, si fuese correcto el parecer que sostiene que el bien jurídico de los delitos de corrupción estatal es la confianza de la opinión pública, la corrupción sería menos digna de castigo mientras más intensamente se practique en un Estado; un resultado que pondría francamente de cabeza las condiciones

¹¹ Más detenidamente BGHSt 15, 88 (96); 47, 295 (303); detenidamente, *Kargl*, ZStW 114 (2002), 763 y ss.; NK-*Kublen*, § 331, n.m. 9 y ss.

procuradas. Por ello, el objeto al que se refiere la confianza debe, antes bien, protegerse frente a los menoscabos. Sólo si se garantiza la capacidad de funcionamiento de la Administración, recién podrá surgir la correspondiente confianza de la opinión pública. Dicho con otras palabras, la confianza de la opinión pública es solamente un reflejo de la protección de la capacidad de funcionamiento de la Administración Pública.

Por otra parte, la capacidad de funcionamiento de la Administración resulta menoscabada no sólo cuando se toman decisiones de contenido incorrectas. La Administración Pública tampoco resulta suficientemente eficiente cuando las decisiones no se toman o se toman con considerable retraso. Si un funcionario público en aprovechamiento de su cargo realiza su trabajo solamente si es sobornado, esto contraviene el funcionamiento de la Administración, aun cuando después las decisiones sean correctas en cuanto a su contenido. Reducir la corrupción estatal solamente a una falsedad de contenido de la voluntad estatal resulta, por lo tanto, insuficiente.

2. No obstante, el concepto de capacidad de funcionamiento de la Administración Pública resulta, a su vez, demasiado amplio para abarcar de forma exacta el bien jurídico específico de los delitos de corrupción. Por ejemplo, a la capacidad de funcionamiento de la policía pertenece también un equipamiento técnico que le permita una eficiente defensa ante los peligros y una eficiente persecución penal. Por lo tanto, los delitos de corrupción protegen solamente un sector de la Administración Pública, a saber, aquél que tiene por objeto el ejercicio jurídico-público del poder de decisión.

Para una institución orientada al bien común de la Administración Pública y de Justicia es fundamental la ausencia de intereses particulares inadecuados. En la Administración Pública, el poder de decisión debe ejercerse institucionalmente con independencia de ventajas inconexas. El correspondiente refuerzo jurídico-penal lo suministran los delitos de corrupción. En consecuencia, no se trata solamente del aseguramiento de la corrección de contenido de las decisiones, sino también del mantenimiento de las reglas formales de procedimiento, esto es, los principios de eficiencia, de imparcialidad e igualdad ante la ley.

Si bien toda decisión de un funcionario público que no tenga lugar libre de intereses particulares inadecuados pone en tela de juicio el sistema

institucional de reglas de la Administración Pública, el Derecho penal tiene un carácter fragmentario. Por lo tanto, no puede ofrecer una protección ubicua, sino que sólo puede intervenir en caso de faltas especialmente graves. Si el ejercicio del poder de decisión estatal se vincula al otorgamiento de ventajas, la falta de independencia frente a los intereses particulares de una de las partes resulta patente y, por tanto, evidente el merecimiento de pena.

3. El Derecho penal alemán protege el ejercicio del poder de decisión institucionalizado por el Derecho público primeramente mediante los delitos de lesión de cohecho pasivo y cohecho activo (parágrafos 332, 334 del Código penal alemán). Si a una conducta funcional contraria a deber se le vincula una ventaja indebida, entonces se desautoriza directamente una regla esencial de la decisión.

Pero, junto a lo anterior, también se castiga la vinculación contraria a intereses de ventajas con un ejercicio de la función arreglada a Derecho a través de los delitos de aceptación de ventaja y otorgamiento de ventaja (parágrafos 331, 333 del Código penal alemán). Algunos fundamentan esto a partir del hecho de que la apariencia de que en una decisión de la Administración no se ha procedido regularmente, hace perder ya la confianza de la opinión pública en un limpio desempeño del cargo¹². Otros consideran estos delitos como delitos de peligro que adelantan la punibilidad, cuyo fundamento se encontraría en que el funcionario que acepta dinero por una decisión correcta, corre el peligro de dejarse comprar luego por una decisión contraria a deber¹³.

Nuevamente ambos pareceres no son capaces de convencer. Si se vincula el ejercicio de un poder de decisión estatal con la obtención de ventajas inconexas, entonces se requiere no sólo la apariencia de que no se procede regularmente. Además, constituye una presunción apenas conciliable con el principio de culpabilidad que un funcionario público que solicita dinero por un comportamiento adecuado a Derecho también esté potencialmente dispuesto a infringir sus deberes por dinero. Estas construcciones no son necesarias para legitimar las normas.

¹² Cfr. BGH 15, 354; Kargl, ZStW 116 (2004), p. 763 (783); Schröder, GA 1961, p. 292.

¹³ Cfr. Binding, Handbuch I 2, 1905, p. 726; Arthur Kaufmann, JZ 1959, p. 377.

El ejercicio de un poder de decisión estatal solamente puede discurrir por las vías del Derecho público si su independencia está asegurada institucionalmente de ventajas inconexas. En cierta medida, debe formar parte de las condiciones elementales de la Administración Pública el hecho de que en sus fundamentos de decisión no puedan encontrar cabida ventajas no fundamentadas objetivamente, con absoluta independencia de si estas ventajas influyen o no finalmente en la decisión. En este sentido, resulta acertado que los delitos de aceptación de ventaja y otorgamiento de ventaja constituyan delitos de peligro abstracto. Como todos los delitos de peligro, estos delitos tienen la misión de asegurar las condiciones básicas bajo las cuales el correspondiente bien jurídico relevante se puede desarrollar sin menoscabos. En otras palabras, el poder de decisión estatal sólo puede ser ejercido ordenada y confiadamente si se asegura que los motivos del que decide no están influenciados por la concesión indebida de ventajas.

VI. CORRUPCIÓN EN LA ECONOMÍA

1. También en la economía puede abusarse del poder de decisión para la consecución de ventajas inconexas. La economía privada no es menos proclive a la corrupción que la Administración estatal. Sin embargo, el ámbito en el que las ventajas pueden considerarse como contrarias a intereses es naturalmente menor en las decisiones económicas. Mientras la Administración Pública está orientada al bien común y el mantenimiento de su capacidad de funcionamiento depende, por tanto, de modo esencial de que el poder de decisión no resulte influenciado indebidamente mediante ventajas, la maximización de beneficios es el principio económico de la economía privada. En este sentido, la consecución de ventajas es completamente adecuada en este ámbito, de manera que resulta necesario un análisis exacto de las condiciones bajo las cuales la vinculación de una decisión con una ventaja lesiona intereses merecedores de protección. Con ello, se plantea la cuestión sobre el bien jurídico a proteger con la prohibición de la corrupción en la vida económica.

2. Antes de remitirnos a las prohibiciones penales de la corrupción económica, hay que tener en cuenta primeramente que esta protección puede conseguirse también indirectamente. Criminológicamente vista, la corrupción es un negocio subrepticio. Aquel que recibe la ventaja normalmente no deja constancia de dicha ventaja en los libros contables exigidos

por las normas mercantiles. Y usualmente tampoco quien otorga la ventaja anota este gasto ordenadamente en sus libros. Por lo tanto, el refuerzo jurídico-penal de los deberes contables puede también prevenir indirectamente la corrupción. En esta línea, un convenio europeo de lucha contra la corrupción prevé que se establezcan sanciones efectivas e intimidatorias a la omisión y falsación de los libros comerciales, cuentas y balances¹⁴. En Italia, el castigo de la infracción de los deberes de rendición de cuentas constituye inclusive el primer medio de lucha contra la corrupción económica¹⁵.

Otra posibilidad de evitación indirecta de la corrupción la ofrece el Derecho penal tributario. Conforme al Derecho alemán, las coimas deben tratarse tributariamente como ingresos. Por consiguiente, quien no declara los beneficios obtenidos a través de la corrupción, realiza el tipo penal de defraudación tributaria. Además, el otorgamiento de ventajas corruptivas no puede ser deducido de la deuda tributaria como gasto de funcionamiento¹⁶, de manera que el pago de coimas cuando menos resulta encarecido.

La contención de la corrupción a través de los delitos tributarios y contables resulta, sin embargo, sólo un efecto secundario de estas prohibiciones. Ellas no se dirigen contra las conductas de corrupción propiamente dichas y, por ello, en los tratados internacionales de lucha contra la corrupción son consideradas, en todo caso, en el sentido de una protección colateral. El injusto específico no se puede abarcar con estos delitos.

3. La corrupción económica podría ser entendida como un ataque específico al patrimonio. Considerar el patrimonio como el bien protegido resulta factible en la medida de que en el ámbito económico se afectan normalmente intereses financieros. Sin embargo, contra el patrimonio como bien jurídico habla, en primer lugar, el hecho de que la protección penal del

¹⁴ Art. 8 inciso 2 OECD-BestÜbk (Übereinkommen der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung in Europa über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr del 21.11.1997).

¹⁵ Art. 2621 Codice civile «false comunizzazioni sociali», limitado desde el 2002 mediante el artículo 2621 nueva redacción, con la exigencia de un perjuicio patrimonial.

¹⁶ § 3, inciso 5, supuesto 1, número 10 EStG

patrimonio asegura fundamentalmente el *status quo* del patrimonio. Como el campo principal de la corrupción económica es la competencia, el daño a los competidores perjudicados se encuentra normalmente en ganancias no alcanzadas.

Evidentemente, la empresa, para la que actúa el autor que se deja corromper, puede resultar afectada en su situación patrimonial. Puede pensarse fundamentalmente en el caso del llamado «kick-back», en el que el autor pacta con el ofertante un precio de compra excesivo y posteriormente se le paga el monto de la diferencia respecto del precio regular de compra. Pero bajo estas circunstancias es también aplicable el delito de infidelidad patrimonial (parágrafo 266 del Código penal alemán). En la infidelidad patrimonial se trata también de un poder de decisión concedido que se ejerce de forma contraria a los intereses. Además de ello, la infidelidad patrimonial requiere que el patrimonio confiado sea perjudicado mediante el abuso del poder de decisión. Por lo tanto, la infidelidad patrimonial es el delito que abarca de manera específica el caso aquí relevante del perjuicio financiero del principal y, por ello, no debería ser contrarrestado a través de un delito de corrupción general.

En consecuencia, parece poco conveniente legitimar el castigo de la corrupción económica prioritariamente a través de la protección del patrimonio, aunque los intereses financieros de los participantes en la competencia resulten completamente protegidos como reflejo de la protección.

4. La corrupción económica es interpretada de forma extendida en Europa con un acento de Derecho laboral¹⁷, lo cual se corresponde también con el caso criminológico usual de la corrupción del empleado. Conforme a esta interpretación, el injusto radica en la lesión de deberes de lealtad del empleado corrupto frente a su empleador.

La corrupción económica, sin embargo, no debe ser vista prioritariamente desde una perspectiva jurídico-laboral por cuando menos dos razones. En primer lugar, si un empleado infringe sus deberes frente al empleador produciendo un perjuicio patrimonial, el delito aplicable será, como ya se mencionó, la infidelidad patrimonial. Si, por el contrario, el comporta-

¹⁷ Cfr., Art. L. 152-6 Code du travail (Francia), Art. 328 del Código penal holandés, Prevention of Corruption Act 1906, Chapter 34 (Gran Bretaña).

miento no produce un perjuicio patrimonial, entonces el injusto quedará como una mera infracción del contrato de trabajo. Y conforme a un parecer general en la ciencia penal alemana, las meras infracciones de contratos privados no deben ser sancionadas penalmente, pues, de lo contrario, también los otros contratos de prestaciones recíprocas como el arrendamiento, la compraventa y el contrato de obra deberían estar penalmente asegurados, lo que evidentemente desbordaría el ámbito legítimo de una protección penal razonable.

En segundo lugar, no resultaría comprensible, al menos para el Derecho alemán, por qué se sanciona al otorgante de la ventaja como autor de corrupción y no solamente como partícipe del empleado. En efecto, el otorgante de la ventaja no lesiona ningún deber laboral, sino que sólo participa en la infracción del deber del empleado. Además de ello, conforme al Derecho alemán el otorgante de la ventaja resulta punible por delito consumado incluso si solamente ofrece la ventaja, pero el empleado no la acepta. En este caso, ni siquiera habría tenido lugar desde un principio una infracción del deber laboral.

5. Finalmente, queda la posibilidad de ver el fin de la prohibición de la corrupción económica (fundamentalmente) en la protección de la competencia¹⁸. Para una sociedad libre y democrática el mantenimiento de las reglas de una competencia leal es apenas menos importante que una Administración orientada al bien común y sujeta al Estado de Derecho, pues una competencia que funciona lleva a que los bienes y servicios se ofrezcan, por un lado, con el mejor precio posible y, por el otro, con la mejor calidad posible.

Sin embargo, tampoco la competencia puede ser vista sin problemas como el fin de protección de la prohibición de la corrupción en el ámbito económico. Sobre todo se suscitan dos cuestiones. Por un lado, la protección de la competencia requiere que en un ámbito económico exista en general competencia entre los ofertantes, por lo que el otorgamiento de ventajas quedaría sin pena en un sector económico planificado o casi

¹⁸ Así también la doctrina dominante en Alemania, cfr., simplemente NK-Dannecker, n.m. 4 y ss., con mayores referencias.

monopolístico¹⁹. Este vacío de punibilidad no es, sin embargo, gravitante. Si en el negocio se ejerce una presión antijurídica o se tiene ingerencia de forma lesiva sobre el patrimonio de un interviniente, entonces los delitos de coacciones (parágrafo 240 del Código penal alemán) e infidelidad patrimonial (parágrafo 266 del Código penal alemán) intervienen de forma protectora.

De mayor relevancia es un segundo problema: En la mayoría de las regulaciones europeas de la corrupción económica sólo se sanciona penalmente la aceptación de ventaja por parte del empleado de una empresa comercial. El titular mismo del negocio no puede ser sancionado por la aceptación de una ventaja. Sin embargo, las reglas de una competencia leal pueden ser infringidas de igual forma por el titular del negocio como por su empleado, de manera tal que desde el punto de vista de la distorsión de la competencia no parece haber ninguna diferencia si, por ejemplo, el carnicero otorga una ventaja financiera privada al propietario o al administrador de una cadena de restaurantes para que compren su carne y no la de otros competidores. En ambos casos los competidores son perjudicados de forma desleal.

La regulación legal no parece, sin embargo, inadecuada con un análisis dogmáticamente exacto de la problemática. La contradicción de que por una misma infracción de la competencia se hace penalmente responsable sólo al empleado y no al principal, solamente se presenta si no se diferencia de forma precisa entre el bien jurídico protegido, por un lado, y la forma específica de agresión, por el otro. Si bien tanto el comportamiento del principal como el comportamiento del encargado se dirigen contra el bien jurídico protegido de la competencia leal, solamente en el caso del encargado se presenta la forma de ataque de la corrupción, pues la corrupción como forma de ataque es definida precisamente por el hecho de que el encargado se coloca en una situación de incompatibilidad de intereses al ponerse al servicio de dos señores: del principal y del otorgante de la ventaja. Ya desde un plano conceptual, el principal no puede ponerse en semejante situación de incompatibilidad de intereses, de manera que no

¹⁹ Heine, en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006, § 299, n.m. 23 con mayores referencias.

puede lesionar por sí mismo el bien jurídico de la competencia leal por la vía de la corrupción. Si el legislador quisiera sancionar penalmente también al principal por la aceptación anticompetitiva de una ventaja, entonces tendría que crear para ello un genuino tipo penal de distorsión de la competencia. Pero las infracciones a la competencia del principal no pueden ser abarcadas como corrupción.

6. De las consideraciones anteriores se derivan dos consecuencias importantes:

- a) Si el titular del negocio no puede ser responsable penalmente por la aceptación de la ventaja, entonces debe ser también improcedente una sanción penal para el empleado si el titular del negocio consiente el acuerdo de ventaja o incluso da un orden en este sentido. Hay una razón fundada, por tanto, para que las regulaciones jurídico-penales de la mayoría de los países europeos²⁰ requieran que la aceptación de ventaja deba ocultarse deslealmente al principal por parte del encargado²¹ o sea realizada de forma contraria a deber²². En Alemania, por el contrario, la jurisprudencia antigua y la doctrina dominante no exigen, en interés de una protección de la competencia lo más eficaz posible, una contrariedad del deber del encargado en una relación interna²³. Este parecer es, sin embargo, apenas comprensible. Si el acuerdo de una aceptación de ventaja por parte del titular del negocio no es visto como una infracción de la competencia merecedora de pena, entonces tampoco puede merecer sanción penal el caso en el que el encargado comete la misma infracción con el consentimiento del titular del negocio.

²⁰ Más detenidamente, LK-*Tiedemann*, preliminares al § 298, n.m. 21 y ss., con mayores referencias.

²¹ Así en Holanda: Art. 328 ter Wetboek van Strafrecht; similarmente en Gran Bretaña.

²² Así Francia: Art. L 152-6 Code du travail.

²³ RGSt 48, 291 y ss.; LK-*Tiedemann*, n.m. 13; de otro parecer, *Vornbaum*, *Schroeder-Festschrift*, 2006, p. 649 (p. 652 y s.); *Winkelbauer*, *Weber-Festschrift*, 2004, p. 392 (p. 393).

Por otra parte, se debe tener en cuenta lo siguiente: Si el encargado llega a un acuerdo de ventaja siguiendo el consejo o con el apoyo del titular del negocio, entonces habría que hacer a éste último penalmente responsable por instigación o complicidad en la corrupción económica, aun cuando el legislador haya prescindido inequívocamente de una punibilidad del titular del negocio. Se contradiría pues la valoración legal si el titular del negocio pudiese ser hecho responsable a título de partícipe.

- b) Conforme al tipo penal alemán de corrupción económica pasiva, el encargado puede acordar la ventaja tanto para sí como también para un tercero. En virtud de ello, el tenor literal de la ley permitiría abarcar también el caso en el que el encargado acuerda una ventaja a favor de la empresa en la que trabaja. Esta regulación tiene pleno sentido en los casos de corrupción estatal, pues la Administración Pública está sujeta a disposiciones legales, de manera tal que el Estado no puede procurarse ventajas que no tengan un fundamento jurídico. En la economía privada la situación es distinta, dado que aquí, como ya se mencionó, rige el principio de maximización de beneficios.

Si el legislador entonces deja sin pena al principal, en tanto llega a un acuerdo ventajoso para su empresa o para sus intereses personales con un proveedor –aun cuando se realice mediante una infracción de la competencia–, entonces tal acuerdo ventajoso debe también quedar desprovisto de pena si es alcanzado por el encargado, pues desde el punto de vista de la infracción de la competencia no genera ninguna diferencia si ésta es cometida por el principal o por el encargado. Para que el encargado pueda ser penalmente sancionado, es necesario, más bien, una contradicción de intereses, esencial para la corrupción, en una relación interna. Y precisamente esto falta si el encargado actúa en interés del principal. Si el principal tiene conocimiento o no del acuerdo ventajoso en su favor, no puede desempeñar aquí papel alguno.

7. Como conclusión parcial quisiera dejar establecido lo siguiente: Aun cuando los tipos penales de corrupción en el tráfico comercial sirven a la protección de la competencia, la competencia resulta protegida solamente en la específica forma de ataque de la corrupción. Esta forma de ataque requiere siempre una contradicción de intereses en una relación

interna entre el principal y el encargado, de manera que no toda infracción contra la competencia leal mediante acuerdos ventajosos debe perseguirse penalmente.

VII. CORRUPCIÓN EN LA VIDA SOCIAL

Hasta ahora mis consideraciones se han referido a los dos ámbitos en los que tradicionalmente, por una parte, y por acuerdos internacionales, por otra, se considera indispensable luchar contra la corrupción, esto es, en el Estado y en la economía. Sin embargo, existen también esfuerzos por crear un tipo penal general de corrupción que rijan para todos los ámbitos de la vida, esto es, también, por ejemplo, para la corrupción de un árbitro en un partido de fútbol. Este tipo penal general de corrupción podría rezar así: «Quien en una decisión con consecuencias para otro no se atiene a las reglas y por ello solicita, se hace prometer o acepta una ventaja para sí o para un tercero, será castigado...»²⁴. De esta manera, se eliminaría no sólo todos los vacíos de punibilidad, sino que también se aseguraría penalmente en todos los ámbitos sociales que las decisiones que afectan los intereses de otros sean tomadas ordenada y comedidamente.

Sin embargo, espero haber dejado claro que la corrupción es solamente una forma de agresión, al igual que el engaño, la amenaza o la violencia. Corrupción es formalmente abuso de un poder de decisión, sin que el objeto del abuso esté materialmente ya abarcado. La corrupción es indecente e inmoral, pero como tal no es todavía merecedora de pena. Por lo tanto, los paralelos de la corrupción impune con la corrupción punible requieren un análisis preciso del merecimiento de protección de los intereses afectados y no deben ser invocados precipitadamente como argumentos para una ampliación de la punibilidad.

2. Sobre el caso alemán expuesto al principio puede decirse que si el director de una clínica estatal pide determinados medicamentos porque recibe del productor beneficios personales, este proceder constituye un claro caso de aceptación de ventaja en el cargo. Por el contrario, si el médico es un profesional liberal y tiene un consultorio particular, entonces quedará en Alemania libre de pena si recibe pagos privados de una empre-

²⁴ Cfr., la formulación similar de *Volk*, Zipf-GS, p. 419 (424).

sa farmacéutica cuyos medicamentos prescribe. En Francia, por el contrario, está penalmente prohibido a todo médico aceptar ventajas de empresas farmacéuticas²⁵.

En mi opinión, la regulación alemana debe ser preferible, pues hay una diferencia entre el médico empleado del Estado y el médico particular. El director de una clínica estatal está sujeto como funcionario público a reglas de decisión del servicio público. Si acepta ventajas, abusa del poder de decisión que le ha concedido el Estado. Aquí radica el injusto de su hecho y no en la circunstancia de que es médico y pide medicamentos. El médico privado, por el contrario, no está sujeto a reglas de decisión en interés del bien común. Queda completamente a su discreción qué medicamentos prescribe a su paciente, en tanto sean sólo suficientemente eficaces.

El caso sería distinto si los medicamentos prescritos por ambos médicos fuesen más caros que medicamentos igual de eficaces de otra firma. Aquí entraría en consideración en ambos casos un delito patrimonial en perjuicio de los pacientes o de los seguros de salud. Por lo tanto, ambos médicos deberían ser tratados jurídico-penalmente de la misma forma en esta situación, pero nuevamente no porque sean médicos, sino porque han ocasionado un perjuicio patrimonial.

3. Los partidos de fútbol, por más vueltas que se le dé, son placeres privados. Si son manipulados, entonces entran a tallar delitos patrimoniales como la estafa si se produce la lesión de intereses financieros. Las reglas que son constitutivas para la existencia del orden público, no son, por el contrario, infringidas. En este sentido, la corrupción tampoco debería sancionarse penalmente en estos ámbitos de la vida.

VIII. ANEXO: TEXTOS LEGALES

Capítulo 26: Delitos contra la competencia

§ 299. Cohecho pasivo y cohecho activo en el tráfico comercial

(1) Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que prefiera a

²⁵ Art. L 4163-2 Code de la santé publique, modificada últimamente mediante el art. 25 inciso 3 de la Ley N° 2002-303 del 4.3.2002, Journal Officiel del 5.3.2002.

Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad

otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) De igual manera será castigado quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrezca, prometa o conceda a un empleado o encargado de un establecimiento comercial una ventaja para éste o para un tercero como contraprestación para que prefiera a él o a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales.

Capítulo 30: Delitos en el ejercicio de cargo público

§ 331. Aceptación de ventaja

(1) Un titular de cargo o una persona especialmente obligada con el servicio público que exija, se haga prometer, o acepte una ventaja para sí o un tercero por una acción del servicio, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) Un juez o árbitro que exija, se haga prometer, o acepte una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación por haber efectuado una acción judicial, o que realizará en el futuro, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. La tentativa es punible.

(3) El hecho no es punible según el inciso 1, cuando el autor se deje prometer o no acepte una ventaja no exigida por él y la autoridad correspondiente dentro del marco de sus competencias o bien autoriza de antemano la aceptación o el autor de inmediato da aviso a la misma y ella autoriza la aceptación.

§ 332. Cohecho pasivo

(1) Un titular de cargo o una persona especialmente obligada con el servicio oficial que exija, se haga prometer, o acepte una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación, por haber efectuado una acción del servicio, o que efectuará en el futuro y con ello haya violado sus obligaciones de servicio, o que las violaría, será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. En casos menos graves, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa. La tentativa es punible.

(2) Un juez o árbitro que exija, se haga prometer, o acepte una ventaja como contraprestación por haber efectuado una acción judicial, o que

efectuará en el futuro y con ello viole sus obligaciones de servicio, o que las violaría, será castigado con pena privativa de la libertad de un año hasta diez años. En casos menos graves, será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.

(3) En caso de que el autor exija, se deje prometer o acepte la ventaja como contraprestación por una futura acción, entonces deben aplicarse ya los incisos 1 y 2, cuando él se haya mostrado dispuesto frente al otro,

1. a violar sus deberes en la acción o

2. en cuanto la acción esté dentro de su discrecionalidad a haberse dejado influir por la ventaja a dejarse influenciar por medio de la ventaja en el ejercicio de discrecionalidad.

§ 333. Ofrecimiento de ventaja

(1) Quien ofrezca, prometa u otorgue para sí o para un tercero una ventaja a un titular de cargo o a un especialmente obligado con el servicio público o a un soldado del ejército federal para que él efectúe una acción de servicio, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) Quien ofrezca, prometa u otorgue para sí o para un tercero una ventaja a un juez o árbitro como contraprestación por haber efectuado una acción judicial o que efectuará en el futuro, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(3) El hecho no es punible según el inciso 1, cuando la autoridad respectiva dentro del marco de sus competencias o bien haya autorizado con anterioridad la aceptación de la ventaja por medio del destinatario o la autorice por aviso inmediato del destinatario.

§ 334. Cohecho activo

(1) Quien ofrezca, prometa u otorgue una ventaja a un titular de cargo o a un empleado público especialmente comprometido con el servicio o a un soldado del ejército federal, para él o para un tercero como contraprestación por haber efectuado una acción de servicio, o para que la efectúe en el futuro y con ello haya violado o viole en el futuro sus obligaciones, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. En casos menos graves, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa.

Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad

(2) Quien ofrezca, prometa u otorgue para sí o para un tercero una ventaja a un juez o árbitro como contraprestación por

1. haber efectuado una acción judicial y con ello haya violado sus obligaciones judiciales

2. efectuarla en el futuro y con ello violando sus obligaciones judiciales, será castigado en los casos del numeral 1, con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años; en los casos del numeral 2, con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.

La tentativa es punible.

(3) En caso de que el autor ofrezca, prometa u otorgue la ventaja como contraprestación por una acción futura, entonces deben aplicarse los incisos 1 y 2, cuando él intente determinar al otro, para que éste

1. viole sus obligaciones con la acción o

2. en cuanto la acción esté dentro de su discrecionalidad, se deje influenciar por la ventaja en el ejercicio de su discrecionalidad.

§ 108b. Corrupción de electores

(1) Quien ofrezca, prometa, o garantice a otro regalos u otras ventajas, para que no vote o vote en un determinado sentido, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(2) Del mismo modo será castigado quien exija, o se deje prometer o acepte regalos u otras ventajas para que no vote o lo haga en un determinado sentido.

§ 108e. Corrupción de diputado

(1) Quien trate de comprar o vender un voto para una elección o votación en el Parlamento Europeo o en una representación popular de la Federación, de un Estado, de un Municipio o de una Asociación municipal será castigado con pena privativa de la libertad de hasta cinco años o con multa.

(2) Adicionalmente a la pena privativa de la libertad de por lo menos seis meses por un hecho punible según el inciso primero puede el tribunal denegar la capacidad de obtener derechos por elecciones públicas y el derecho de elegir o votar en asuntos públicos.

SENTIDO Y LÍMITES DE LA SANCIÓN PENAL DE CONDUCTAS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA*

PROF. DR. NORBERTO J. DE LA MATA BARRANCO
Universidad del País Vasco, Bilbao-Bizkaia, España

I

El fenómeno de la corrupción debiera interesar, desde un punto de vista jurídico-penal, no tanto, o en absoluto, por el enriquecimiento patrimonial que conlleva para quienes participan de él, sino por el perjuicio que pueda generar para intereses merecedores y necesitados de tutela. Esta perspectiva no puede dejar de atenderse desde el Derecho penal, al menos por quienes sigan creyendo en la institución del bien jurídico –en cuanto a su contenido material– como pilar fundamental en la construcción del mismo.

Sin embargo, esto es algo de lo que a menudo se prescinde. Y así se observa a simple vista si nos fijamos en las reformas que en esta sede se están produciendo en buen número de ordenamientos jurídicos y en las invitaciones que, a nivel americano o europeo, realizan Organizaciones de carácter supraestatal para abordar dicho fenómeno desde diferentes ángulos, muy diversos, que lo único que tienen en común es el extender el campo de intervención penal sin que en ocasiones se sepa con qué justificación.

Todavía hoy, y a pesar de nuevos campos de interés –particularmente en el ámbito económico, en relación a cuestiones como la tutela de la libre competencia, el secreto de empresa o el libre desenvolvimiento de los

* Este artículo forma parte del trabajo desarrollado durante los años 2004 a 2006 en el contexto del Proyecto de Investigación BJV 2003-2373 subvencionado por el Ministerio español de Ciencia y Tecnología.

mercados, y político—, es la corrupción en el funcionamiento de la Administración Pública la que seguramente continúa mereciendo mayor atención por parte de los diferentes legisladores en el Derecho comparado.

En este ámbito, se dice que la corrupción se produce cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público —o sea, para gestionarlo de acuerdo con los intereses generales— no se utiliza correctamente, al desviarse su ejercicio, defraudando la confianza de sus mandantes, para obtener un enriquecimiento personal¹. De acuerdo, pero, ¿en qué se traduce ese desvío del ejercicio público y por qué ha de responderse a él penalmente?. Si no acertamos a definir el interés que se lesiona o se pone en peligro con ese desvío o no podemos predicar del que se describa su susceptibilidad de tutela penal toda intervención en este ámbito debiera estar vetada.

Frecuentemente se insiste en la dificultad de encontrar un único bien jurídico como objeto de tutela de las distintas figuras de corrupción en su sentido más estricto —de cohecho, si se prefiere²—, propia e impropia, del funcionario —pasiva— o al funcionario —activa—, especialmente por la tipificación de conductas, cuya legitimidad puede cuestionarse, vinculadas más que a la idea de una correcta gestión administrativa a cuestiones de carácter ético³ en relación con un enriquecimiento ilícito del funcionario que también podrá surgir, no obstante, con otras muchas formas de corrupción —en sentido más genérico— que no requieren una relación ilícita entre funcionario y particular —prevaricaciones, malversaciones o peculados, concusiones o abusos en el cargo de cualquier clase— diferentes de lo que repre-

¹ Así, Nieto García, *Corrupción en la España democrática*, Ed. Ariel, Barcelona, 1997, p. 7.

² Téngase en cuenta la diferente terminología de cada ordenamiento —o de las respectivas doctrinas— que no impide poder distinguir en todos ellos —punibles o no— el cohecho denominado pasivo o corrupción del funcionario, propio e impropio, y el cohecho denominado activo o corrupción al funcionario, propio e impropio.

³ En estos términos, Feijóo Sánchez, «Delitos contra la Administración Pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en *La Ley*, 1997-2, p. 1680. En la doctrina italiana, Fiandaca/Musco, *Diritto Penale. Parte Speciale, Volume I*, Seconda edizione - ristampa aggiornata, Zanichelli editore, Bologna, 1997, p. 214, señalan que la orientación que postula un objeto jurídico de tutela idéntico en todas las formas de corrupción no puede sino hacer referencia a deberes como los de fidelidad, probidad, corrección, lealtad, etc.

Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública

senta en sí el cohecho, y cuyo único denominador común se cifra justamente en este enriquecimiento y en el intento por evitar toda clase de colusión entre la función pública y el interés privado⁴. Pero que con los delitos de cohecho se persiga la finalidad de eliminar la corrupción en la Administración Pública no implica considerar que el bien jurídico sea, por ejemplo, el interés en evitar que los funcionarios ejerciten sus funciones en atención a las recompensas entregadas u ofrecidas a los mismos, pues éste puede no reunir las características que han de predicarse de todo objeto de tutela penal. Habrá de concretarse no ya sólo, aunque también, qué es la corrupción –en lo que existe amplio consenso–, sino en qué medida –con objeto de tutelar qué interés capaz, necesitado y merecedor de tutela– debe intervenir frente a ella un Derecho penal en absoluto legitimado para actuar ante conductas únicamente faltas de ética o contrarias a reglamentaciones funcionariales.

II

Vinculando directamente el delito de cohecho –o los delitos de cohecho, en sus diversas modalidades– con el propio concepto de corrupción, y atendiendo su consideración genérica como delito previsto para afrontar dicho fenómeno, ha sido recurrente considerar en las definiciones que se proponen del objeto de tutela del delito –sobre todo, pero no exclusivamente, en otras épocas– la idea de incorruptibilidad y, desde similar perspectiva, el interés que existe en que los funcionarios públicos no incurran en corrupción. Amplia acogida ha tenido también en la doctrina el concepto de integridad⁵.

Con acierto, sin embargo, se recuerda que la integridad del funcionario interesa en la medida en que afecte al correcto desenvolvimiento de la función que le compete⁶, sin que pueda argumentarse a favor de estas

⁴ Entre otros, Orts Berenguer/Valeije Álvarez, *Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen II (Art. 234 a Disposiciones Finales)*, Vives Antón (Coordinador), Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 1808 s.

⁵ Véanse las distintas referencias que a esta diferente terminología se efectúan, con citas de numerosos autores, en De la Mata Barranco, «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 17, 2006, pp. 91 ss.

⁶ Por todos, Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación del funcionario público*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 147.

posturas el que la consumación de determinadas figuras no exige la realización material de acto alguno por el funcionario público, pues tales previsiones pueden no responder sino a la voluntad de adelantar las barreras de protección penal, y sin que con ello deje de ser dicha realización la razón por la que se estimen punibles las conductas descritas.

Las alusiones específicas a la idea de incorruptibilidad o integridad evocan en todo caso esa caracterización que tradicionalmente se ha venido haciendo de los delitos cometidos por los funcionarios públicos como delitos de infracción de un deber, en los que el bien tutelado se cifra precisamente en el correcto o fiel desempeño de las funciones del cargo o en el no quebrantamiento o dejación de los deberes que le son propios, como los de fidelidad, lealtad o probidad, términos similares a aquéllos y muy frecuentes en muchos autores⁷.

Frente a ellas, y refiriendo la crítica específicamente al ámbito del cohecho, a menudo se insiste, sin embargo, en que este tipo de construcción cifra el bien jurídico en conceptos demasiado genéricos para ser de alguna utilidad —de fórmula vacía y genérica incapaz de constituir un objeto de agresión autónomo se hablará en la doctrina italiana—, en cuanto no permite diferenciar los delitos de corrupción de otros delitos contra la Administración⁸ y dificulta la posibilidad de ofrecer un objeto de tutela común a las diferentes figuras de cohecho pasivo y activo⁹ —de ahí las matizaciones de muchos autores, que a alguno le lleva a proponer objetos de tutela diversos—, al margen de la recurrente alegación jurisprudencial de

⁷ Ampliamente, De la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción pública*, Ed. Comares, Granada, 2004, pp. 53 ss.

⁸ Es concluyente en Italia la argumentación de Pagliaro, *Principi di Diritto penale, Parte Speciale I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, nona edizione, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2000, p. 144. Véanse también Fiandaca/Musco, *Parte Speciale I*, cit., p. 217; y Rigo, *Codice penale*, a cura di Tullio Padovani, Seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 1341. En la doctrina española, entre otros, Octavio de Toledo y Ubieto, «Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)», en *El nuevo Código penal: presupuesto y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 872; y Valeije Álvarez, «Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho», en *Estudios Penales y Criminológicos*, T. XVIII, 1995, p. 368.

⁹ Véase Valeije Álvarez, «delito de cohecho», cit., pp. 328 ss. Destaca esta idea en Italia, Pagliaro, *Parte Speciale I*, cit., p. 144.

Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública

que al particular se le sanciona en cuanto su conducta se entiende que induce al funcionario a la infracción de esos deberes que le son propios¹⁰.

Como es sabido, ha sido corriente de opinión extendida en Alemania la postura que desde la teoría del «deber del cargo» fundamenta el injusto de los delitos de funcionarios en la infracción del deber específico de su función. La referencia al mismo alude a un deber subjetivo originado por la particular relación que une al funcionario con el Estado, que en ocasiones se quiebra en un sentido de infidelidad, deslealtad o traición a la confianza que se deposita en él¹¹.

No obstante, es ya lugar común en la doctrina insistir en que la mera infracción de un deber no puede fundamentar la intervención penal si no se pone en relación con el sustrato del que deriva el mismo; y, en Derecho penal, con un determinado objeto de tutela sobre el que se proyecta la obligación de garantizar su indemnidad. Si la infracción del deber se configura en sentido subjetivo y exclusivamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y el funcionario, la interpretación de los tipos penales, se dirá, no sólo se empobrece sino que adquiere tintes autoritarios¹², confundiéndose además en tal planteamiento el incumplimiento del deber del cargo con las relaciones de servicio y anulándose la capacidad de distinguir el delito de la infracción disciplinaria¹³.

Ha de reiterarse una vez más la insuficiencia de la tesis del incumplimiento de deberes para explicar el contenido del injusto penal de los delitos contra la Administración —y ello es especialmente importante en la interpretación del delito de cohecho por su, quizás en él más que en otros, aparente falta de lesividad material a intereses generales o particulares—, independientemente de cualquier otra consideración sobre cada particular objeto de protección, por su propia incapacidad para ello. De ahí que

¹⁰ Así lo explica Rodríguez Puerta, *El Delito de Cohecho, Problemática Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1999, p. 47.

¹¹ Por todos, Wagner, *Amtsverbrechen*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1975, p. 28.

¹² Así, García Arán, *La prevaricación judicial*, Ed. Tecnos, 1990, p. 37.

¹³ Expresamente, Morillas Cueva/Portilla Conteras, «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias», en *Comentarios a la legislación penal*, Dirigidos por Cobo del Rosal, Coordinados por Bajo Fernández, Tomo XVI, Edersa, Madrid, 1994, p. 180.

progresivamente se haya ido abriendo paso en la doctrina la crítica de que el incumplimiento de deberes de fidelidad y probidad en sí, de hecho existentes y relevantes, pueda constituir el contenido material del injusto de tales delitos¹⁴.

En una remisión ya clásica, cabe afirmar que «El deber del cargo no puede constituirse, en sentido técnico jurídico-penal, en objeto de protección penal, ya que, en todo caso, su relevancia se establece como concepto que existe en función de la protección de un verdadero bien jurídico [...] el sostenimiento del 'deber del cargo' como objeto de protección de los 'delitos de funcionarios' implica, además de una concepción política inaceptable, una visión formalista y abstracta del bien jurídico, incompatible con las funciones limitadoras del *ius puniendi* estatal que le son comúnmente atribuidas»¹⁵.

Parece acertado, por ello, seguir ya de entrada las posturas que tratan de objetivar el deber del funcionario, negando que el injusto descansa en la lesión de la relación funcional y cifrándolo en el correcto ejercicio de la función pública, siempre desde la perspectiva de los ciudadanos, frente a los cuales el deber de la Administración y de sus órganos operativos físicos —los funcionarios— cobra auténtica relevancia penal¹⁶.

El desvalor de la conducta típica y, por tanto, la relevancia de la cualidad del sujeto activo de quien se exige aquella integridad, aquella actuación conforme a los deberes que le son propios, ha de interpretarse desde la concreción del bien que objetivamente se pretende tutelar y sólo puede tenerse en cuenta —y así ocurre en todos los delitos especiales— para atender la mayor vulnerabilidad que frente a tal sujeto presente dicho bien. De ahí que de alguna manera pueda aludirse a la posición de garante que debe desempeñar frente al mismo. La mera infracción de un deber, la «deslealtad», no puede fundamentar la intervención penal si no se relaciona con el sustrato del que deriva dicho deber, un objeto de tutela penal concreto de cuya indemnidad es garante el funcionario. Cabe aceptar su

¹⁴ Véase, por todos, Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación*, cit., pp. 218 ss.

¹⁵ Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación*, cit., p. 260.

¹⁶ En estos términos, Morillas Cueva/Portilla Contreras, «delitos de revelación de secretos», cit., p. 181.

relevancia, en cuanto podrá derivar en un incorrecto ejercicio de la actividad administrativa. Pero de tal aceptación no habrá que deducir la lesión del bien jurídico-penal tutelado siempre que el depositario de la función pública infrinja uno de sus deberes. De este modo, la relevancia de la infracción de los deberes del cargo no se cifra en la quiebra de la fidelidad o lealtad a la condición pública, sino en la de la salvaguarda de un interés digno y merecedor de protección penal que compete particularmente a quien se encuentra en situación especial de dominio sobre dicho interés, enmarcado en los objetivos que caracterizan el servicio que fundamenta la existencia de la Administración, un servicio que debe atender a imperativos de legalidad, objetividad y eficacia, entre otros¹⁷.

III

Como han destacado ya numerosos autores, la denominación de los Títulos que en las diferentes legislaciones acogen estos delitos —contra la «Administración Pública»— recoge claramente la evolución doctrinal sobre su contenido, permitiendo huir de la concepción que los reduce a meras infracciones de las obligaciones de los funcionarios para con la Administración¹⁸. No interesan las relaciones internas que se establezcan en ella, su estructuración orgánica y la vinculación del funcionario con la institución, sino el desarrollo de la propia función pública que, hoy en día, exige una acomodación a los parámetros constitucionales que delimitan su correcta gestión y, sin duda, desde la consideración democrática y social del Estado al que sirve, su aspecto prestacional¹⁹. Con ello se subraya que toda activi-

¹⁷ Véase De la Mata Barranco/Etxebarria Zarrabeitia, *Malversación y lesión del patrimonio público*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 105 y 113. Ampliamente, Vizuetta Fernández, *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 51 ss., 85 ss. y 201 ss.

¹⁸ Por todos, López Garrido/García Arán, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Ed. Eurojuris, Madrid, 1996, p. 176.

¹⁹ Entre otros, Cugat Mauri, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 76 ss.; García Arán, *prevaricación judicial*, cit., p. 39; Gómez Tomillo, *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 44; González Cussac, «Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Dirigido por Enrique Orts, Ed. CGPJ, Madrid, 1994, p. 62; Méndez Rodríguez, «Sobre la naturaleza de los delitos de los funcio-

dad pública está embebida de la noción de función orientada a la sociedad²⁰ y se posibilita un criterio de delimitación respecto de las infracciones disciplinarias propias de las relaciones administrativas internas²¹.

La priorización del elemento de la función pública por encima del elemento del deber tiene la virtud de situar en el centro de la protección penal un criterio de legitimidad material propio de la esencia del bien jurídico, que garantiza, con ello, su aspecto limitador del *ius puniendi* estatal²².

Y, además, esta concepción permite negar que cada vez que el funcionario infrinja los deberes que conlleva el correcto ejercicio de la función deba considerarse lesionado el objeto de tutela y explicar satisfactoriamente la agrupación sistemática de esta clase de delitos, en alguno de los cuales —como en el mismo cohecho activo, o corrupción activa según la terminología de los diferentes ordenamientos— no concurre la condición de funcionario en el sujeto activo, pero puede contribuir a afectar la prestación de funciones públicas objetivamente consideradas²³.

Desde esta perspectiva, ha sido frecuente sobre todo entre los autores alemanes describir el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción, si bien no de forma exclusiva, aludiendo a la quiebra de la autoridad estatal, la autoridad de la Administración o la autoridad en el ejercicio estatal de funciones públicas. En las doctrinas española e italiana será usual referirse a la tutela de la buena imagen de las Administraciones públicas o de su dignidad y prestigio²⁴.

narios públicos en el ejercicio de sus cargos», en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, Segundo Volumen*, ed. Universitat de Valencia, Valencia, 1997, pp. 367 ss.; Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 83 ss.; Rebollo Vargas, *La Revelación de Secretos e Informaciones por Funcionario Público*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995, pp. 44 ss.; y Rodríguez Puerta, *Delito de Cohecho*, cit., pp. 37 ss.

²⁰ Véase, en este sentido, González Cussac, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 23.

²¹ De nuevo, por todos, López Garrido/García Arán, *Código Penal*, cit., p. 176.

²² Expresamente Cugat Mauri, *tráfico de influencias*, cit., p. 99.

²³ Así, por todos, García Arán, «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 11, 1997, p. 357.

²⁴ Ampliamente sobre estas tesis, De la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción*, cit., pp. 62 ss.

Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública

Las críticas que se efectúan contra este tipo de posturas inciden fundamentalmente en su dudosa legitimación desde las concepciones actuales del Derecho penal, al ofrecer una visión autoritaria de la Administración a la que se concibe como fin en sí misma y no como organización al servicio del ciudadano, al margen de que, además, procuren criterios de concreción inseguros, genéricos, amplios o incluso vacíos de contenido para afirmar la relevancia penal de determinadas conductas²⁵. Es evidente que cualquier comportamiento irregular del funcionario puede lesionar o poner en peligro el prestigio de la Administración²⁶ —depende cómo se interprete éste—; pero por ello mismo estamos ante propuestas que en absoluto satisfacen ninguno de los aspectos fundamentales que el concepto central del bien jurídico exige al ordenamiento en orden a la precisión de los límites al *ius puniendi* estatal, al requisito de lesividad o peligrosidad de las acciones que pretenden penalizarse y a la necesidad de una correcta clasificación, desde el punto de vista material y valorativo, para la construcción de la Parte especial del Derecho penal²⁷.

Una construcción también tradicional en la doctrina alemana ha venido vinculando el objeto de tutela del delito de cohecho a la protección de la voluntad estatal, que queda alterada o falsificada, se dirá, a través de los comportamientos corruptos, en cuanto la actuación de la Administración se distancia del respeto a la Ley y a las decisiones que deben producirse conforme a ella. Obviamente estamos ante un criterio que impide acoger la sanción de cohechos subsiguientes o incluso antecedentes cuando aparecen referidos a actos lícitos y, por tanto, adecuados a la voluntad estatal²⁸.

²⁵ Véase Valeije Alvarez, «delito de cohecho», cit., pp. 337 y 368. Asimismo, Fiandaca/Musco, *Parte Speciale I*, cit., p. 217; y Pagliaro, *Parte Speciale I*, cit., p. 145.

²⁶ Expresamente, entre los autores italianos, quienes con mayor intensidad han criticado esta clase de construcción, De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Segreto/De Luca, Terza edizione, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1999, p. 274; o Grosso, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Coordinato da Tullio Padovani, UTET, Torino, 1996, p. 222.

²⁷ En estos términos Valeije Alvarez, «delito de cohecho», cit., p. 354.

²⁸ Detenidamente, Dölling, «Gutachten C für den 61. Deutschen Juristentag», en *Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Verhandlungen des einundsechzigsten deutschen Juristentages*, Band I, C.H. Bech Verlag, München, 1996, pp. C 48 ss.

Por eso se ha cuestionado la limitada perspectiva del criterio²⁹ —otra cuestión es que se entienda que las conductas que no abarca deban permanecer impunes— y la necesidad de su integración en una propuesta más compleja³⁰.

IV

En todo caso, ya desde hace tiempo se insiste en la doctrina en que en la teorización que inspira la nueva perspectiva de enfoque de los delitos contra la Administración, ésta, en cuanto objeto de protección —en un Estado de derecho, social y democrático— no se corresponde ni con el conjunto orgánico ni con su dignidad o prestigio, sino con la función pública como actividad de prestación a los administrados.

En tal sentido, lo que se trata de tutelar no es un ente abstracto con independencia de su función jurídico-social, sino su correcto funcionamiento para que pueda servir con eficacia y objetividad a los intereses generales³¹. No estamos por tanto sólo ante un concepto objetivo y no subjetivo de la Administración, sino ante un concepto prestacional, como antes señalaba, que exige delimitar sus fines y concretar los principios que informan la adopción de decisiones de su competencia³², respecto a lo cual el respeto a las previsiones constitucionales es ineludible y, por consiguiente —primando según el caso unos u otros—, a los principios de coordinación, eficacia, imparcialidad, jerarquía, objetividad y, por supuesto, como concepto envolvente, legalidad.

Orientada la concreción del bien jurídico hacia una vertiente objetiva en la que se tenga en cuenta la Administración no en sí misma considerada sino en lo que representa en cuanto al servicio que debe prestar a los

²⁹ Por todos, Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, von Dr. Herbert Tröndle und Dr. Thomas Fischer, 49., neubearbeitete Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 1999, § 331, n.m. 3.

³⁰ Expresamente, Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, von Dr. Karl Lackner und Dr. Kristian Kühl, 23., neubearbeitete Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 1999, § 331, n.m. 1.

³¹ Por todos, Feijóo Sánchez, «Delitos contra la Administración», cit., p. 1678.

³² Así, Asua Batarrita, «La tutela del correcto funcionamiento de la Administración», en *Delitos contra la Administración pública*, Ed. IVAP, Oñati, 1997, p. 21.

ciudadanos³³, la mayoría de la doctrina actual opta por considerar bien jurídico protegido de los delitos de corrupción, genéricamente, el buen funcionamiento de la Administración³⁴.

Como se afirma en la doctrina italiana, un buen funcionamiento de la Administración, entendido en términos de eficacia de la acción administrativa para la consecución de fines públicos y asociado, en este contexto, a la situación de ajenidad que respecto a intereses particulares ha de observarse en la actuación administrativa³⁵. Ello, se añade, permite fundamentar todas las hipótesis de corrupción, propia o impropia, antecedente o subsiguiente³⁶.

Sin embargo, sintetizando una crítica generalizada, se ha matizado también que al margen de que esta concepción no precisa el bien tutelado, que no puede entonces desarrollar su función crítica e interpretativa, no permite, entre otras cosas, explicar, por ejemplo, concursos con el delito objeto de acuerdo, la punición de la corrupción subsiguiente –también difícilmente el cohecho impropio o incluso el cohecho activo– o la irrelevancia de la reserva mental del funcionario de no cumplir el acto objeto de acuerdo³⁷.

La alusión al correcto funcionamiento de la Administración, bien jurídico categorial o finalidad tuitiva común según diferentes terminologías, constituye una referencia genérica y poco indicativa del contenido sustancial del injusto de cada una de las figuras agrupadas entre los delitos

³³ En este sentido, señalan Orts Berenguer/Valeije Alvarez, *Comentarios II*, cit., p. 1809, ya expresamente respecto al delito de cohecho, que la búsqueda del bien jurídico a proteger ha de partir de la relación que debe establecerse entre ciudadano y funcionario.

³⁴ Con ulteriores referencias, De la Mata Barranco, «Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In Memoriam*, Volumen II, Ed. Universidad de Castilla La Mancha-Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 939 ss.

³⁵ Véanse las consideraciones de De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 273 y 350; Dupuis, *La corruzione*, Cedam, Padova, 1995, p. 4; y Fiandaca/Musco, *Parte Speciale I*, cit., p. 217.

³⁶ Así, Pagliaro, *Parte Speciale I*, cit., p. 151.

³⁷ En estos términos, Seminara, *Commentario breve al Codice penale*, Direttori Crespi, Stella e Zuccalà, 3ª edizione, Cedam, Padova, 1999, p. 831.

«contra la Administración Pública», insuficiente además para determinar la necesidad de tutela penal. El núcleo esencial del injusto de cada particular tipo penal de entre los que se enmarcan en la protección de la Administración deberá concretarse por ello a partir de las características esenciales del proceso o función administrativa de que se trate³⁸, esto es, sobre la base de los principios que inspiran cada sector de la actuación administrativa³⁹. Así, dicho funcionamiento se convierte en objeto de tutela penal cuando su afección se acompaña de lesión a intereses que puedan cifrarse de forma específica y, aceptado exclusivamente como punto de arranque para averiguar el objeto de protección concreto de estos delitos, ha de sustituirse por otros referentes más concretos⁴⁰.

V

Vinculado en cierta medida con las propuestas precedentes referidas a la tutela de la institución en sí, pero también como antecedente de las tesis más compartidas últimamente centradas en el funcionamiento de la misma, el concepto de limpieza o pureza del servicio público también ha sido utilizado a menudo para describir el objeto de tutela de los delitos de corrupción.

Sin embargo, como en el caso de la tutela de la dignidad y prestigio de la Administración, estamos ante posturas que prescinden del servicio que ésta ha de prestar a los ciudadanos, ofreciendo esa visión autoritaria a que antes se aludía, que acertadamente se insiste en rechazar⁴¹. Pero es que, además, la pureza del ejercicio de la actividad pública no debe significar otra cosa en nuestro modelo constitucional que la actuación en dicho ejercicio de conformidad con los parámetros que concretan jurídicamente cómo ha de desarrollarse el mismo.

Desde este punto de vista, en la doctrina son numerosas las referencias a los principios de igualdad, legalidad y objetividad como bienes jurídicos protegidos en el delito de cohecho —o al menos en alguna de sus

³⁸ Así, De la Mata Barranco/Etxebarria Zarrabeitia, *Malversación*, cit., p. 114.

³⁹ Expresamente, García Arán, «prevaricación administrativa», cit., p. 358.

⁴⁰ De nuevo, con ulteriores referencias, De la Mata Barranco/Etxebarria Zarrabeitia, *Malversación*, cit., pp. 102 y 114.

⁴¹ Por todos, Valeije Alvarez, «delito de cohecho», cit., pp. 336 y 368.

Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública

modalidades, en especial en relación con el cohecho propio—, alternatively o, lo que será más frecuente, conjuntamente con otros.

Ha venido existiendo, sin embargo, un cierto acuerdo a la hora de entender que el núcleo fundamental del injusto en las diferentes figuras de cohecho reside en la obtención de un acuerdo ilícito, momento, se dirá, en el que lo que específicamente se conculca es el principio de imparcialidad, pues el funcionario se sitúa en una posición parcial respecto a la futura adopción de un acto propio del cargo —que será la que pueda afectar a aquellos principios—, tanto si, una vez formalizado el pacto, se posterga la efectiva recepción de la ventaja patrimonial, como si ésta se entrega al alcanzarse el acuerdo entre funcionario y particular⁴².

La idea de imparcialidad —asociada al concepto de eficacia indiferente—, condición esencial para el correcto funcionamiento de la actividad pública según las previsiones constitucionales, se entiende en este contexto como ausencia de interferencia en la toma de decisiones públicas⁴³ o como deber de los poderes públicos de obrar con neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados —con lo que en realidad no es sino una manifestación específica de la idea de legalidad⁴⁴—, cualquiera que sea su naturaleza, operando como límite externo al buen funcionamiento de la Administración al garantizar la ausencia de arbitrariedad y la desigualdad de tratamiento entre los sujetos destinatarios de los servicios que los Poderes Públicos vienen obligados a ofrecer a los ciudadanos⁴⁵, lo que ha permitido incluso considerarlo bien jurídico medial para alcanzar la tutela de un derecho fundamental como es la igualdad de todos en la obtención de prestaciones públicas⁴⁶.

⁴² En este sentido, véanse las consideraciones de Rodríguez Puerta, *Delito de Cohecho*, cit., p. 177; y de Valeije Álvarez, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 75 ss.

⁴³ Por todos, Rodríguez Puerta, *Delito de Cohecho*, cit., p. 84.

⁴⁴ Véase sobre esta idea Cugat Mauri, *tráfico de influencias*, cit., pp. 104 ss.

⁴⁵ Así, Valeije Álvarez, «delito de cohecho», cit., p. 368. En la doctrina italiana, por todos, Fiandaca/Musco, *Parte Speciale I*, cit., pp. 217 y 224.

⁴⁶ Acerca de la vinculación de este principio con el respeto al principio de igualdad, Cugat Mauri, *tráfico de influencias*, cit., p. 115; Rodríguez Puerta, *Delito de Cohecho*, cit., p. 83; o Valeije Álvarez, *delito de cohecho*, cit., p. 31.

Es cierto que la normativización del interés a tutelar posibilita una interpretación del delito despojada de componentes éticos o morales, así como la exclusión —o la restricción punitiva— de los supuestos en los que el citado interés no se vea seriamente afectado⁴⁷. Pero, si bien se ha señalado que el principio de imparcialidad viene preterido o puesto en peligro cada vez que los órganos de la Administración mantienen relaciones o sufren influencias por parte de los particulares fuera de las formas previstas en la ley, sometiendo la función pública que desempeñan a la satisfacción directa o indirecta de intereses particulares⁴⁸ y que por eso se justifica la punición de la corrupción propia e impropia, antecedente y subsiguiente⁴⁹, se ha criticado, acertadamente, que existen tipos de cohecho —en muchas legislaciones, incluidas la española o la peruana— que o en absoluto o no necesariamente requieren una vulneración de la misma, lo que ya muchos autores no pueden dejar de reconocer, y que aunque la imparcialidad puede verse afectada por determinados comportamientos —no con conductas cuya finalidad o referencia sea, por ejemplo, la comisión de un delito que nada tenga que ver con ello—, lo será en el mismo terreno de consideración jurídica, y probablemente con menor evidencia, que por ejemplo la legalidad o la eficacia, según las diferentes modalidades del delito⁵⁰.

Realmente es difícil acertar a comprender en qué medida, por ejemplo, un funcionario vulnera el principio de imparcialidad cuando decide —inducido o no— cometer un delito de falsificación, violación de secretos, uso de información privilegiada o contrabando motivado por la recepción

⁴⁷ En estos términos, Morales Prats/Rodríguez Puerta, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Dirigidos por Quintero Olivares, 2ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 1999, p. 1228.

⁴⁸ Así, Orts Berenguer/Valeije Alvarez, *Comentarios II*, cit., p. 1810.

⁴⁹ Entre otros, Pagliaro, *Parte Speciale I*, cit., p. 151.

⁵⁰ Así, Octavio de Toledo y Ubieto, «delitos de cohecho», cit., pp. 872 s. Véase la detenida crítica que realiza Vizuetta Fernández, *delito de cohecho*, cit., pp. 221 ss. y 225 ss., en detenida argumentación que destaca, por ejemplo, las incongruencias penológicas de esta perspectiva en relación con la actual regulación española, la dificultad de compatibilizar la misma con la actividad judicial o con la parlamentaria o la complejidad a la hora de delimitar en qué consiste y cuándo se produce la efectiva lesión o simplemente el peligro de una actuación parcial.

de una dádiva y no en cambio cuando la decisión se toma por la pretensión de obtener un beneficio derivado de la propia comisión delictiva⁵¹. La dádiva podrá motivar su conducta, facilitar un mayor empeño en su desarrollo o favorecer la creación de estructuras delictivas, pero que desde luego no es la lesividad del principio de imparcialidad lo que se representa el funcionario como elemento a captar por el dolo parece evidente, salvo en su caso en aquellas actuaciones delictivas relacionadas, por ejemplo, con delitos de prevaricación funcional o judicial o de ciertos abusos en el cargo, en función de la tipificación de cada Código. Cuando se produzca o se pretenda alguno de aquellos delitos, parece que será la tutela del bien jurídico que se trata de garantizar con su previsión la que, con independencia de cualquier otra consideración, puede fundamentar la intervención penal –aunque sea respecto a estadios preparatorios–, pero no la existencia de la dádiva y la supuesta parcialidad que no se concreta a qué afecta.

Incluso en aquellas figuras de cohecho propio no vinculadas a la comisión posterior de un delito es difícil tratar de concretar en qué consiste la quiebra o puesta en peligro del principio de imparcialidad a que se alude en la doctrina. Las definiciones o explicaciones que aparecen en ésta, por regla general –y creo que sin excepciones–, se asocian a la toma de decisiones o actuaciones vinculadas a comportamientos injustos o arbitrarios –prevaricaciones o abusos de autoridad, según la denominación que a esta figura se da en las diferentes legislaciones⁵²–que, sin embargo, pueden no dar lugar a esta clase de delitos, por ejemplo, y en el caso de la normativa española, por no representar resoluciones, no tener éstas un carácter arbitrario o no actuar el funcionario a sabiendas de su injusticia. Pero es precisamente esa actuación que se condiciona a la recepción de la dádiva –aunque la misma no se produzca finalmente o no exista desde un principio intención de realizar– la que se tiene en cuenta para aludir a la quiebra de la imparcialidad, sea desde una perspectiva de lesión sea desde la de un peligro más o menos concreto. Y de nuevo en tales casos no parece será,

⁵¹ Piénsese incluso en la calificación como cohecho de la actuación del funcionario que, por precio, accede a abrir las puertas de un depósito público para hacer posible una sustracción, facilita una agresión sexual o, simplemente, omite una labor de vigilancia que permite la comisión de cualquier clase de delito.

⁵² Téngase en cuenta la diferente terminología -y contenido-, por ejemplo, de los arts. 404 y siguientes del Código español o 376 y siguientes del Código peruano.

por tanto, la existencia de precio en sí lo que permite afirmar la vulneración del principio en cuestión. Sin embargo, téngase en cuenta que en tales casos la imparcialidad que se entiende menoscabada o puesta en peligro sólo es objeto de tutela cuando dicho precio exista, porque, en caso contrario, la ejecución de un acto ilícito pero no injusto o la omisión del acto debido puede no dar lugar a respuesta penal alguna –dependerá de cada legislación y así ocurre en el caso español–, con lo que entonces parece que lo que realmente le importa al legislador evitar no es el acuerdo injusto o la omisión indebida, sino la ventaja patrimonial obtenida con ello.

Y es que, además, si se admite que incluso en las modalidades impropias del delito de cohecho se protege aquélla –es recurrente en la jurisprudencia italiana afirmar que la diferencia entre la corrupción propia e impropia reside en que en el primer caso la parcialidad se transfiere al acto a ejecutar, lo que no ocurre en el segundo⁵³–, lo que está claro, es que la imparcialidad sufre una metamorfosis por la que se convierte en un valor absoluto que tiene más en cuenta la idea de fidelidad del funcionario público⁵⁴. Cáusticamente se señala a este respecto que podemos encontrarnos incluso con la incriminación de un peligro de peligro de peligro para la imparcialidad: así, en la instigación a un supuesto de corrupción impropia respecto a un acto no ejecutado⁵⁵ y más aún, cabe añadir, ante un peligro todavía más remoto, en caso de admitir la sanción de la complicidad en tales supuestos.

Por todo ello, parece que cuando se recurre a la idea de imparcialidad para definir el bien tutelado en las diferentes figuras de cohecho se piensa más en aquellas modalidades vinculadas a la conclusión de un acuerdo injusto que es el que, en definitiva, puede conllevar su quiebra. Y aun con todo, sólo en aquellos casos en que el mismo –no el que da lugar a un delito de falsificación o a uno de malversación– se relaciona con la adopción de una decisión no necesariamente constitutiva pero sí en la órbita de lo que tratan de tutelar delitos de carácter prevaricador o de abuso en el cargo. El

⁵³ Véanse ulteriores referencias en De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 370.

⁵⁴ Así, Sgubbi, «Los delitos contra la Administración Pública», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2000, p. 117.

⁵⁵ En estos términos, Pagliaro, *Parte Speciale I*, cit., p. 147.

Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública

carácter fragmentario del Derecho penal permite o aconseja restringir el ámbito de aplicación de éstos, por ejemplo –y así de nuevo en el caso español–, a comportamientos activos que tengan por objeto resoluciones arbitrarias, pero no puede negarse la vinculación con este delito de las conductas a que se hace referencia en varias de las figuras de corrupción que aluden a actuaciones injustas o contrarias a los deberes del cargo. Si cuando la dádiva se orienta a su realización y en tal caso se entiende vulnerado el principio de imparcialidad, desde luego que ello no se debe a la existencia de la misma, sino a la de tales conductas; que la dádiva no aporta un mayor contenido lesivo a la quiebra de la imparcialidad parece evidente. Pero si, por otra parte, vinculamos la tutela al peligro de que se pueda materializar la actuación injusta que, sin embargo, en sí a veces no se sanciona de forma independiente de no existir la dádiva –lo que ocurre con las conductas que describen los arts. 420 o 421 del Código penal español–, qué duda cabe que el motivo de la sanción habrá de cifrarse no en el peligro para la imparcialidad –cuya vulneración no le importa al legislador penal desde el momento en que no sanciona la ejecución del acto injusto o la omisión aisladas de dádiva a que se refieren ambos⁵⁶–, sino en alguna otra explicación asociada a la mera idea de la recepción de un precio por parte del funcionario público.

VI

Por eso, con cierto componente a mi juicio de infracción de un deber –que muchos autores intentan objetivar–, la definición del objeto de tutela se ha tratado de formular a menudo también desde la idea del abuso en sí en el ejercicio de la función pública, aludiendo a la confusión de intereses públicos y privados, a la utilización del cargo en interés propio o, si cabe aún más explícitamente en cuanto a lo que implica la perspectiva bilateral de la corrupción en sentido estricto, a la utilización del cargo para la obtención de un beneficio o lucro ilícito o a la venta de un acto a realizar en el ejercicio del cargo. Si el funcionario atiende la retribución privada, se señalará tratando de abarcar la totalidad de las figuras de corrupción, se puede ya simplemente retrasar la realización del interés público, antepo-

⁵⁶ Y la argumentación podría seguir la misma línea, con matices, en las diferentes legislaciones.

niendo el cumplimiento de actos que interesan únicamente a determinados particulares⁵⁷.

Estamos ante las tesis que, expresamente referidas a los delitos de cohecho o a figuras similares en el ámbito del enriquecimiento ilícito, han acuñado como bien jurídico los conceptos de no venalidad o no susceptibilidad de comercio, remuneración o compra del desempeño de la función pública⁵⁸.

Tales posturas, obviamente, permiten sancionar conductas en las que no existe un peligro concreto para el servicio público, como en supuestos de cohecho pasivo impropio respecto de regalos recibidos en atención al cargo —incluso regalos de despedida—, conductas con independencia de la intención que se tenga al entregar o recibir la dádiva, conductas de cohecho subsiguiente o conductas vinculadas a la realización de actos lícitos y aunque no se demuestre relación alguna entre la retribución y la actividad del funcionario. En definitiva, cualquier hipótesis de corrupción, puesto que, como se ha señalado críticamente, se produce un proceso de transformación que golpea la esencia más característica de lo que es el cohecho —al margen de disputas históricas entre la concepción romana y la concepción germana de la corrupción y, en consecuencia, de la discusión sobre la importancia del acuerdo vinculado a la actuación en el ejercicio del cargo—, pasándose de una dimensión objetiva atenta al hecho a una dimensión subjetiva más atenta al autor⁵⁹.

Se ha afirmado en la doctrina que en todas las figuras de cohecho existe, aunque a modo de objeto de referencia, la preocupación por evitar la actuación pública en interés privado, en el marco de la corrección del servicio que los poderes públicos han de prestar a los ciudadanos, estando presente, además, ese otro particular interés del funcionario que, acaso,

⁵⁷ Así, Pagliaro, *Parte Speciale I*, cit., p. 150. Ahora bien, téngase en cuenta que ello también puede ocurrir sin que se atienda retribución alguna; sin embargo, el Derecho penal no intervendrá en tales supuestos, lo que parece indicar que no será entonces tanto la anteposición de unos intereses a otros lo que interesa evitar, cuanto la aceptación de la retribución.

⁵⁸ Ampliamente, De la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción*, cit., pp. 80 ss.

⁵⁹ En este sentido, Sgubbi, «delitos contra la Administración», cit., p. 117.

pueda suscitarle la oferta que se le hace o que realmente se muestra cuando la insta o la acoge: el enriquecimiento injusto con que se le tienta o que busca y/o encuentra. Ello parece evidente. Pero la protección, se dice también, se dirige más bien hacia uno de los factores que con mayor eficacia puede garantizar esa ausencia de interés privado en las actuaciones públicas, la no venalidad del ejercicio de estas funciones: así, se dirá, la inexistencia de interés privado en los actos de la función podrá ser la *ratio legis*, el criterio de agrupación de las figuras delictivas en estudio, el bien jurídico de esta categoría de delitos, pero es la no venalidad del desempeño de las funciones públicas, en cuanto falta de la cualidad de vendible o expuesto a la venta, lo que se constituye en bien jurídico protegido por la incriminación de todas y cada una de las modalidades de cohecho. Desde esta postura, la no venalidad es el concreto bien jurídico de estos preceptos, que se lesionará en los supuestos de recepción o aceptación por el funcionario de lo que se le ofrece, en los de entrega por la otra parte de lo que el funcionario le solicita o en los de acogimiento por esa otra parte de la solicitud misma, poniéndose en peligro en aquellos supuestos en los que el correspondiente tipo no exija, para su consumación, más que el respectivo ofrecimiento; y en la medida en que la no venalidad abarca la mera exposición a la venta habrá también lesión en aquellos casos en que el delito se consuma con la simple solicitud del funcionario⁶⁰.

Claro está que esta concepción permite legitimar cualquier figura de cohecho. La cuestión es si el Derecho penal es el instrumento adecuado de actuación para tutelar esa cualidad en el ejercicio de la función pública. Desde luego, se acomoda perfectamente a la actual regulación española, como a muchas otras —no en relación a las penas previstas, diferentes en función de la conducta pretendida del funcionario—, permitiendo justificar incluso la incriminación de conductas de cohecho activo —o corrupción al funcionario público— no sólo propio —siempre desde la idea de peligro— y, aún más, respecto a meras ofertas no necesariamente aceptadas. Ahora bien, que el correcto funcionamiento de la Administración, en cualquiera de sus facetas, se perjudique o pueda perjudicarse con conductas «inco-

⁶⁰ En estos términos, Octavio de Toledo y Ubieto, «delitos de cohecho», cit., pp. 870 a 873.

rectas» de recepción de regalos, trascendentes o intrascendentes —o de predisposición a ello—, pero sin vínculo a la ejecución de acto alguno —téngase en cuenta en todo caso la dificultad de formular el propio concepto de venalidad sin definir lo que es vendible o está expuesto a la venta y sin referir el mismo, por tanto, al comportamiento que se pretende del funcionario, que si no es ilícito es difícil vincular a ese anormal funcionamiento de la Administración—, es a mi juicio cuestionable. Y, en tal caso, la proximidad entre la idea de no venalidad —como objeto jurídico realmente protegido, al margen de la *ratio legis* de estos preceptos— y las de infracción del deber del cargo o de prohibición de enriquecimiento del funcionario público derivado del ejercicio de su función en mi opinión es difícil de negar. Por otra parte, que con tal perspectiva adquiere consistencia la sustantividad del delito de cohecho es innegable; pero que, al mismo tiempo, se dificulta la distinción de conductas entre cohecho propio o impropio y la mayor penalidad de unas frente a otras, salvando puntuales observaciones sobre la idea de pluriofensividad, también⁶¹.

El mantenimiento de esta postura, además, obviamente no permitiría fundamentar la existencia del delito de cohecho en otros ámbitos ajenos al de funcionamiento de la Administración, que habría que explicar desde tesis próximas sí a la idea de abuso del cargo —si bien desde una posición de poder económico o de otra índole—, pero no a la de no venalidad del ejercicio de la función pública.

Pero, en todo caso, lo que más ha de preocupar de ella es la complejidad para dotar de un contenido realmente sustantivo a esta expresión que la aleje del mero reproche por la obtención de un beneficio al que no se tiene derecho derivado del ejercicio de un cargo público y la virtualidad de la misma para satisfacer el contenido material del concepto de bien jurídico, por la dificultad de aceptar que su quiebra pueda afectar a la satisfacción de necesidades personales cuando esa venalidad no se traduce en la adopción de un acuerdo perjudicial para intereses particulares, la omisión de un acto debido, su retraso o un condicionamiento de la índole que sea

⁶¹ Véanse ulteriores críticas en Vizuetta Fernández, *delito de cohecho*, cit., pp. 236 ss., en particular en relación con el cohecho subsiguiente, pero también cuando la dádiva está desvinculada de un comportamiento concreto o cuando el acto prometido es lícito.

Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública

en la obtención de un servicio público. Una dificultad que, tal vez, podría intentar soslayarse por la vía de fundamentar la prohibición de instrumentalización del cargo no por el enriquecimiento en sí que de la misma pueda derivarse —tampoco por su vinculación desde la idea de peligro con ulteriores principios a los que el propio Derecho penal no les conceda relevancia típica—, sino por la quiebra del principio de igualdad que puede deducirse de ella si se entiende que el funcionario, sin perjudicar intereses concretos, afecta a los de todos obteniendo la ventaja económica vetada a quien no está en su situación; pero ya al margen de cualquier explicación del delito en el ámbito del correcto funcionamiento de la Administración, al margen de la propia existencia de la dádiva y con la problemática que entonces plantearía legitimar la incriminación autónoma del cohecho activo.

Una cuestión diferente, por último, es que la privilegiada posición del funcionario pueda favorecer una actuación delictiva y permitir en consecuencia una agravación penal; pero ésta siempre habría que referirla a la tutela de un bien jurídico concreto, fuera cual fuera éste, ya sea en el ámbito de la tutela de los secretos de estado, ya en el de la capacidad probatoria de los documentos o en el de la correcta gestión del patrimonio público, entre otros.

VII

Desde otra perspectiva diferente, una de las tesis que más eco ha tenido en Alemania —y de ahí, en menor medida, en otras doctrinas— ha sido la de defender como bien jurídico protegido en el delito de cohecho, también aquí exclusiva o alternativamente con otros, la confianza pública o de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración, en los principios que lo informan o en las diversas cualidades que han de desarrollar quienes actúan en desarrollo del mismo.

Así, se afirma, por ejemplo, que en un Estado de derecho la confianza de los ciudadanos en el correcto ejercicio de la función pública se lesiona cada vez que las decisiones de la autoridad aparezcan como producto de motivaciones ajenas al cumplimiento de la ley y especialmente cuando exista el peligro de que puedan ser compradas por los particulares⁶² y ello

⁶² Así, Bacigalupo Zapater, «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios», en *Documentación Jurídica, Monográfico dedicado a la propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal*, Volumen 2, 1983, p. 1100.

se conozca, habría que añadir, pudiendo lesionarse, en todo caso, también cada vez que el ciudadano vea insatisfechas sus pretensiones, con independencia de que la decisión que le afecta sea correcta, especialmente respecto a actuaciones no regladas⁶³.

Ya de entrada, que este planteamiento ofrezca una perspectiva diferente de las consideradas hasta ahora dependerá del significado que se dé al concepto de confianza, lo que difícilmente ocurre con aquellas posturas que identifican la misma con el peligro para el interés a que venga referida⁶⁴.

Pero, y al margen de esto último, por una parte, la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración no es algo específico del delito de cohecho, sino común a muchos de los delitos contra la Administración Pública⁶⁵; a todos, seguramente. Y, por otra, determinados comportamientos no son incorrectos porque disminuyan la confianza de los ciudadanos, sino que disminuyen esta confianza porque son incorrectos, de modo tal que la alusión a la misma nada dice todavía sobre el bien jurídico protegido⁶⁶. Por muy consolidada que esté la confianza que se tiene en el desarrollo de una institución, el correcto funcionamiento de ésta no puede hacerse depender de la misma —al contrario, será la confianza en una institución la que dependa de su buen funcionamiento—, de igual manera que el desconocimiento de la existencia de un delito no garantiza su ausencia, máxime en un supuesto como el de cohecho cuya cifra negra suele estimarse cercana al noventa por ciento. La Administra-

⁶³ Véase detenidamente Kaiser, *Die Bestechung von Beamten unter Berücksichtigung des Vorentwurfs zur Revision des schweizerischen Korruptionsstrafrechts*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1999, p. 51, aludiendo a la configuración como delitos de peligro abstracto de estos preceptos.

⁶⁴ Así, señalan Mir Puig, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 2000, p. 226; o Morillas Cueva/Portilla Contreras «delitos de revelación de secretos», cit., p. 194, que el bien jurídico tutelado no es tanto la imparcialidad, sino la confianza en la imparcialidad, es decir -dirán-, el peligro para la imparcialidad.

⁶⁵ Véanse, en diferentes doctrinas, las consideraciones, entre otros, de De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 274; Kaiser, *Bestechung*, cit., p. 51; u Olaizola Nogales, *delito de cohecho*, cit., p. 99.

⁶⁶ Así, Vizuetta Fernández, *delito de cohecho*, cit., p. 209.

ción no podrá afirmarse que funciona o no conforme a los parámetros constitucionales que legitiman su existencia o, cuando menos, su actuación, por el hecho de que el grado de confianza en ella sea mayor o menor, lo que depende de variables tan lejanas a lo que ha de ser la delimitación de un bien jurídico concreto como la mayor o menor eficacia policial o incluso la mayor o menor transparencia informativa.

Teniendo en cuenta esta perspectiva, pero sin desconocer la importancia del funcionamiento de la Administración en sí mismo considerado, se ha desarrollado también la tesis de la tutela de las instituciones públicas en sus condiciones internas y externas de funcionamiento, afirmando que en los delitos de cohecho es esta doble perspectiva su único objeto de protección. Se aspira, se dirá, a proteger la Administración frente a peligros de diferente orden: en primer lugar, el peligro de que se lesione el funcionamiento de la Administración estatal «desde dentro», en cuanto la recepción de ventajas tanto para la ejecución de un acto ilícito como lícito representa un mal ejemplo para el desarrollo ético de la función, generándose el peligro de una decisión ilegal —obsérvese de nuevo, sin embargo, la alusión al acto del cargo—; y, en segundo lugar, el peligro de que con el mal ejemplo quiebre la confianza popular en la objetividad e imparcialidad de la Administración, condición de funcionamiento necesaria «desde fuera»⁶⁷.

Ahora bien, se puede compartir que el delito de cohecho implica una mezcla de intereses públicos con intereses privados que puede perjudicar el funcionamiento de la Administración —no necesariamente, si las actuaciones finalmente llevadas a cabo no lesionan interés alguno, particular o general— y puede frustrar las expectativas que los ciudadanos tienen en ella, aspectos ambos que se perturban si el ciudadano sabe que tiene que pagar los servicios de la Administración —supuestos en mi opinión, no obstante, más vinculados a la concusión y, en consecuencia, ajenos al cohecho— o

⁶⁷ En estos términos, Rudolphi, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5., neubearbeitete Auflage, Luchterhand Verlag, Neuwied, 1997, n.m. 7 antes del § 331 y § 331, n.m. 4. Véase también Loos, «Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte», en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25 März 1974*, Walter de Gruyter Verlag, Berlin-New York, 1974, pp. 879 ss. Igualmente, Bacigalupo Zapater, «delitos de funcionarios», cit., pp. 1098 ss.; y Olaizola Nogales, *delito de cohecho*, cit., p. 111.

que el funcionario a cambio de dinero está dispuesto incluso a cometer un delito —por la peligrosidad, abstracta, de su actitud—, aunque finalmente no llegue a cometerlo. No creo, sin embargo, que ello pueda constituir el objeto de protección del delito. En primer lugar, porque ese conocimiento es difícilmente constatable, pero es que, aunque lo fuera, si dicho dinero no llegara a ofrecerse o a solicitarse nunca, ¿cómo podría afirmarse que se está perturbando la correcta prestación de servicios públicos o incluso, desde las perspectivas denostadas, que el funcionario está quebrando su deber de fidelidad para con la institución por la mera predisposición que puede tener, en un momento dado, a la comisión de un delito cuando, por ejemplo, nunca existiera nadie dispuesto a participar en la contraprestación?. En aquellos Estados tradicionalmente asociados con la idea de corrupción, no es ni siquiera la constatación pública de ésta lo que perjudica su desarrollo democrático desde la idea de eficacia indiferente, sino su misma existencia. Por eso, y en otros términos, lo que hay que plantearse es si dejaría de ser necesario someter a la intervención penal las conductas constitutivas de cohecho cuando se tuviera la certeza de que las mismas nunca iban a ser conocidas por la opinión pública, pero si la respuesta fuera negativa, difícilmente podría cifrarse el objeto de tutela en la confianza sobre su inexistencia⁶⁸.

VIII

Por último, particularmente en la explicación de las diferentes modalidades del delito de cohecho propio, varios autores se han referido al carácter pluriofensivo del mismo, al menos en alguna de las modalidades que el mismo puede presentar⁶⁹. Es frecuente también, sobre todo en las argumentaciones de la doctrina alemana, pero también en España o Italia, la vinculación de todas las diferentes figuras tanto a las perspectivas que cifran la tutela en el correcto funcionamiento de la Administración conforme a parámetros constitucionales como a las que insisten en la idea de venalidad o incluso en la de la instrumentalización del cargo⁷⁰.

⁶⁸ Para una crítica específica a estas posturas, Vizuela Fernández, *delito de cohecho*, pp. 212 ss.

⁶⁹ Específicamente, Rodríguez Puerta, *Delito de Cohecho*, cit., pp. 88 y 140.

⁷⁰ Véanse las detenidas consideraciones desde esta perspectiva plural, que permite tomar en consideración intereses tan diversos como la obligación del servicio, la

Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública

Ahora bien, prescindiendo de consideraciones sobre la *ratio legis* del grupo de figuras en su conjunto, su bien categorial o la definición del objeto de tutela desde perspectivas complementarias, lo que realmente puede afectar a la delimitación típica y a la interpretación de los diferentes elementos del delito es sin duda la idea de la pluriofensividad en concreto de una o varias modalidades de cohecho –de cohecho propio–, entendiéndose, por ejemplo –en la postura más argumentada–, que se tutela la imparcialidad y además la legalidad, pues ello permitiría explicar su mayor penalidad respecto al resto de figuras. Esta construcción, en todo caso, sigue presentando las limitaciones de referir la idea de imparcialidad y, en este caso, también la de legalidad a unas actuaciones posteriores que, por ejemplo, en la órbita de las falsedades o el contrabando nada tienen que ver con ambos principios. Sí, en cambio, si restringimos las mismas al ámbito de la prevaricación o el abuso del cargo –en la diferente terminología usada para definir esta clase de infracción penal– o de las simples actuaciones ilícitas que no llegan a dar lugar a delito alguno. Pero la distinción entre la idea de legalidad y la de imparcialidad en tales casos se antoja difícil, en cuanto aunque no todo lo que es ilegal es parcial, sí es ilegal todo lo que es parcial. Ello con independencia, además, de cómo se resuelvan los supuestos en que la puesta en peligro de la legalidad se materializa en una lesión, que sin duda debiera excluir la sanción de aquélla, no siendo tal, sin embargo, la postura que acostumbra a mantenerse⁷¹.

Esta idea de la pluriofensividad ofrece sin duda una perspectiva de análisis interesante en cuanto puede permitir explicar la diferente penalidad que se prevé para las diferentes figuras del cohecho; los problemas que plantea, sin embargo, surgirán precisamente –con independencia de las

pureza en el ejercicio de la Administración y la confianza en ella misma, la ausencia de venalidad, remunerabilidad o comerciabilidad de la actuación administrativa, el falseamiento de la voluntad estatal, la confianza en la objetividad de las decisiones públicas o la capacidad de funcionamiento de la Administración, de Graupe, *Die Systematik und das Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, Dissertation, München, 1988, pp. 109 ss.; y de Jaques, *Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§ 331 ff. StGB zu § 23 UWG*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1996, pp. 36 ss.

⁷¹ A este respecto, De la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción pública*, cit., pp. 205 ss.

consideraciones críticas expuestas en relación con cada una de las propuestas anteriormente aludidas en relación con los diferentes objetos de tutela descritos— si de la misma no se obtienen criterios que permitan explicar la vinculación entre los tipos más graves de cohecho y el resto de delitos contra la Administración que puedan pretender la tutela de intereses similares o equivalentes a los ya tenidos en cuenta en la calificación pluriofensiva de aquéllos.

IX

En definitiva, es evidente que la atención penal que debe merecer el fenómeno de la corrupción obliga a delimitar el interés que, necesitado de tutela, se entiende vulnerado con el mismo, más allá de desvaloraciones acerca de la reprobación que puedan merecer tanto el posible enriquecimiento injustificado del funcionario como la conducta influenciadora del particular, lo que sólo es posible analizando el perjuicio que se deriva de la actuación corrupta.

Es difícil, no obstante, concretar dicho perjuicio de forma unitaria, en cuanto, aun cuando en la mayoría de legislaciones todavía hoy la figura del cohecho —en sus modalidades de corrupción del funcionario o al funcionario— se ubique exclusivamente entre los delitos contra la Administración, los comportamientos corruptos surgen tanto en el sector público como en el sector privado, afectando a intereses tan diversos como la tutela de la competencia, el libre desenvolvimiento de los mercados o la toma de decisiones sin interferencias en procesos políticos, entre otros. Seguir manteniendo un único concepto de corrupción para definir conductas que pueden afectar a bienes jurídicos muy diversos, además de los equívocos que puede generar, va a suponer constatar que si bien dicho concepto refleja claramente la clase de conducta que pretende describirse —enriquecimiento derivado de la instrumentalización ilícita de una ocupación que se pone al servicio de una persona ajena a ella— no ocurre lo mismo con el desvalor que se le puede atribuir en cuanto el mismo no va a poder concretarse si no se especifica cuál es a su vez el desvalor de la conducta que desea obtenerse con la contraprestación económica.

Restringiendo el fenómeno de la corrupción al campo de actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos —más que al ámbito de funcionamiento de la Administración, ya que nada tienen que ver con éste, por ejemplo, conductas de blanqueo de capitales, falsedades o

Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública

fraudes de subvenciones prometidas o realizadas a cambio de un precio— desde un primer momento se ha dudado de la sustantividad de las figuras de cohecho al remitirse la descripción de su contenido típico, en la mayoría de los preceptos, a la realización de otro comportamiento para delimitar una responsabilidad a la que, sin embargo, parece dar contenido el lucro que proviene del particular.

La vinculación con una actuación ajena a la solicitud o la recepción de una dádiva, aunque menos evidente cuanto menor sea la gravedad de la figura de cohecho considerada, es obvia —se exija o no para delimitar explícitamente lo injusto—, tanto desde la tradición histórica como desde la regulación vigente en casi todos los ordenamientos. Por ello, incluso aunque no tomemos en consideración otra clase de cohechos vinculados a ámbitos económicos o políticos, es difícil pretender encontrar un único objeto a tutelar frente a las diferentes conductas de corrupción funcional, teniendo en cuenta que se puede cohechar tanto para prevaricar como para falsificar, tanto para participar en delitos de blanqueo como para omitir la persecución de un delito. Ello quizás obligue a entender que en realidad el bien jurídico tutelado —plural— dependerá de cuál sea el acto delictivo contrapartida de la dádiva pactada, al menos cuando sea eso lo que se pretende⁷².

Puede, no obstante, entenderse que su sustantividad surge de aceptar que lo que se sanciona en los diferentes tipos es meramente la instrumentalización del cargo para la obtención de un beneficio económico. Ello debería llevar a entender que el desvalor de la conducta es el mismo cuando el acto objeto de acuerdo es o no delictivo o ni siquiera ilícito e incluso cuando no exista acuerdo alguno. Pero entonces será difícil tanto comprender la diferenciación de conductas que proponen las diversas legislaciones —distinguiendo el cohecho propio del impropio, en sus diversas variantes— como tratar de definir el objeto de tutela a partir del puro dato del enriquecimiento o de su pretensión. Cuanto más fijemos la atención en los tipos de cohecho impropio, si bien más fácilmente podemos defender su autonomía respecto a otros delitos cometidos por el funciona-

⁷² Mantiene también claramente esta posición en la actualidad Vizuela Fernández, *delito de cohecho*, cit., pp. 274 ss.

rio en el ejercicio de su cargo, también es cierto que ésta no será sencillo que pueda basarse en otra idea que no sea la de elevar a la categoría de delito autónomo «el ofrecimiento y la recepción de un precio» o incluso la simple posibilidad de que éste llegue a ofrecerse o a recibirse. Entender que en tales casos estamos más allá que ante un juicio moral de reproche tutelando un interés vinculado a la satisfacción de necesidades personales o la participación de la persona en el sistema social no parece sencillo ni desde las construcciones del abuso del cargo⁷³.

Lo cierto es que de entre las tesis que, al margen de las hoy menos atendibles propuestas cifradas en la vulneración de deberes, han intentado proponer un objeto de tutela desvinculado del acto para el que se solicita o recibe la dádiva o presente, las que más acogida han tenido han sido las que atienden a las ideas de imparcialidad, por una parte, y no venalidad, por otra.

Pero como antes señalaba, no se comprende, sin embargo, de qué modo, por ejemplo, un funcionario vulnera el principio de imparcialidad cuando decide cometer un delito de falsificación o malversación motivado por la recepción de una dádiva y no en cambio cuando la decisión se toma por la pretensión de obtener un beneficio derivado de la propia comisión delictiva. Cuando se produzca o se pretenda alguno de tales delitos parece que debiera ser la tutela del bien jurídico que se trata de garantizar con su previsión la que, con independencia de cualquier otra consideración, puede fundamentar la intervención penal —desde la punición de la preparación o la tentativa del delito—, no la existencia de la dádiva y aunque quiera destacarse la importancia de ésta. En las figuras de cohecho propio no vinculadas a la comisión de un delito es difícil también tratar de concretar en qué consiste la quiebra o puesta en peligro del principio de imparcialidad a que se alude en la doctrina, ya que si se prescinde de la dádiva los comportamientos dejarían de ser relevantes penalmente, con lo cual o no hay lesión del principio de imparcialidad o la misma sólo interesa si a ella se

⁷³ De ahí que, entendiendo que lo único que se lesiona es la honradez o integridad de la condición de funcionario público -interés, dirá, que no es en todo caso merecedor de tutela penal, ausente, aun de modo indirecto, en nuestra Constitución- proponga Vizueta Fernández, *delito de cohecho*, cit., pp. 237 ss. y 304 s., la despenalización de las conductas de cohecho impropio.

Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública

añade la posibilidad de enriquecimiento personal, con lo que sería entonces éste lo que realmente trata de evitar el legislador. Y si se admite, por otra parte, que incluso en las modalidades impropias del delito de cohecho se protege tal principio, lo que está claro es que la idea de imparcialidad presentará una caracterización por la que se convierte en un valor peligrosamente próximo a las ideas de infidelidad o deslealtad en la gestión pública.

En cuanto a la ausencia de venalidad, también se señalaba la dificultad de formular el objeto de tutela sin definir lo que es vendible o está expuesto a la venta y referir el mismo, por tanto, al comportamiento que se pretende del funcionario, con la consecuente necesidad de considerar el interés que éste vulnera. Si se prescinde de él, la proximidad entre la idea de no venalidad y la de infracción del deber del cargo o la prohibición de enriquecimiento del funcionario es difícil de evitar, en cuanto es difícil encontrar en dicha idea en sí menoscabo alguno para el funcionamiento de la Administración. No se explica, en este sentido, cómo su quiebra puede afectar la satisfacción de necesidades personales si la venalidad no se traduce en la adopción de un acuerdo perjudicial para intereses particulares, la omisión de un acto debido, su retraso o un condicionamiento de la índole que sea en la obtención de un servicio público.

Y, por lo que respecta a la posible pluriofensividad de alguna de las figuras de cohecho, referida a la puesta en peligro del objeto de tutela en relación con el ilícito cometido con el acto a ejecutar por el funcionario, que se suma a la instrumentalización del cargo, en el modo en que ésta se quiera definir, ofrece una perspectiva de análisis interesante, en cuanto puede permitir explicar la diferente penalidad que se prevé para las diferentes figuras de cohecho y distinguir el propio del impropio; los reparos que suscita surgen, sin embargo, como ante indicaba —y al margen de las consideraciones críticas formuladas respecto a cada uno de los intereses que conformen el objeto plural de tutela—, si de ella no se obtienen criterios que permitan explicar la vinculación entre los tipos más graves de cohecho y el resto de infracciones contra la Administración que tutelen intereses equivalentes a los tomados en cuenta en la calificación pluriofensiva de aquéllos⁷⁴.

⁷⁴ Ampliamente a este respecto, De la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción pública*, cit., pp. 205 ss.

Sin duda ha de buscarse en el dato del enriquecimiento la explicación del cohecho pasivo; y en el de su favorecimiento la del activo. Pero ello resulta insatisfactorio, particularmente pero no sólo por esto, dada la diversidad de penas previstas en atención al acto a ejecutar o a que se ejecute o no acto alguno. Si, más aún, se entienden los preceptos –y en particular los que refieren la corrupción al funcionario– desconectados del hecho que se pretende que se ejecute –inmediatamente o no– e, incluso, del cohecho pasivo, propio o impropio, la trascendencia que se da al dinero como «elemento corruptor», con independencia de que corrompa o no o de que aún corrompiendo implique lesividad penalmente relevante de alguna clase, es absolutamente desproporcionada con respecto a los parámetros en que ha de moverse el Derecho penal.

De ahí que sean merecedoras de atención las propuestas de despenalización de las conductas de corrupción⁷⁵ –buena parte de la doctrina ya se ha posicionado en tal sentido en relación con alguna conducta de cohecho impropio, sobre todo en relación a la sanción del particular– que comparto plenamente cuando no se pretende acto ilícito alguno o cuando el que se pretende, aun siéndolo, no es delictivo, y, aquí ya matizadamente –dependiendo de la naturaleza jurídica que se le asigne al cohecho en relación con otros tipos delictivos así como de la relación concursal que con ellos se proponga⁷⁶– cuando el acto pretendido es delictivo, pues la sanción de la corrupción en estos supuestos podría entenderse necesaria –no habría ya problemas de merecimiento de pena– como adelantamiento y extensión de la intervención penal en aras a proteger bienes jurídicos a cuya tutela se dirigen también los delitos contraprestación de la dádiva al existir un referente al que poder vincular la antijuricidad material de la conducta, que es lo que entiendo imposible de hacer en el resto de figuras de cohecho.

Téngase en cuenta que el posible acto objeto de acuerdo en sí mismo considerado es irrelevante penalmente en la mayoría de los supuestos de corrupción, con la dificultad entonces de encontrar a partir de él un bien

⁷⁵ Véanse las consideraciones de Vizuela Fernández, *delito de cohecho*, cit., pp. 229 ss. y 313 ss.

⁷⁶ Sobre el modo de entender la vinculación entre unos y otro, detenidamente, De la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción pública*, cit., pp. 283 ss.

Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública

jurídico merecedor y necesitado de tutela. Lo que lo hace relevante es que por o para su «posible comisión» entra en juego la solicitud, recepción, promesa o aceptación de una dádiva, con lo que es ésta en realidad la que da la auténtica medida del desvalor que el legislador asigna a las diferentes modalidades típicas de cohecho —más aún, si no existe acto alguno que ejecutar—, al margen de la incongruencia penológica que produce entonces la distinción entre cohecho propio e impropio y la diferenciación de penas que la misma conlleva. ¿Pero por qué además sancionar al funcionario cuando dicta una resolución parcial —o actúa de cualquier otra manera— por precio y no por otro tipo de favoritismo?. ¿Por qué cuando se abstiene de intervenir por la promesa de recibirlo y no por falta de diligencia?. Es difícil de entender. Y aun suponiendo la existencia de una explicación perfectamente justificada, la diferenciación penológica de las diversas conductas tipificadas se escapa a toda lógica.

En definitiva, no creo que pueda afirmarse la existencia de un bien jurídico que satisfaga las características que de tal concepto deben derivarse en el análisis de los preceptos dedicados a los delitos de corrupción. Se trata de sancionar un enriquecimiento indebido o la instrumentalización del cargo para su consecución. Pero de entenderse que ello implica un desvalor penalmente relevante el mismo puede perfectamente tenerse en cuenta con agravantes que atiendan la actuación por precio o en abuso del cargo cuando la conducta ejecutada, intentada o incluso —según los casos— preparada sea delictiva. Cuando no lo sea la intervención penal se antoja demasiado anticipada por la mera presunción de una posible futura actuación delictiva que, si no lo es, no se acierta a ver por qué ha de sancionarse.

DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO PENAL DE CORRUPCIÓN*

LUIS RODRIGUEZ COLLAO

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

INTRODUCCIÓN

Gracias a la extraordinaria atención que ha merecido este fenómeno durante los últimos años, el término *corrupción* se ha instalado con fuerza en el discurso académico y en el lenguaje cotidiano, pero en ambos casos con un nivel de ambigüedad que reclama un esfuerzo de precisión conceptual. Varios son los factores que conspiran en contra de la pretensión de acotar el significado del término *corrupción*. En primer lugar, pese a lo extendido que se encuentra su empleo, el significado puede variar mucho según el contexto social y cultural; hasta el punto que en diferentes países –e incluso entre regiones de un mismo Estado– puede ser muy diversa la gama de actos que queda comprendida bajo aquella denominación. Asimismo, la falta de datos precisos acerca de su incidencia hace más difícil establecer definiciones basadas en aspectos absolutamente objetivos¹. En estrecha

* Este trabajo ha sido producido en el marco de una investigación desarrollada en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, sobre el tema *La protección penal de la fe pública y de las funciones estatales. Estudio dogmático y crítico*, con el patrocinio de FONDECYT-CHILE (proyecto de investigación N° 1020657).

¹ REOS, O.: «Efectos económicos de la corrupción», en *Biblioteca Digital de la Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2002, p. 2. Como prueba de esta aseveración puede invocarse un informe preparado por el Consejo de Europa para la *XIX Conferencia de Ministros Europeos de Justicia*, que tuvo lugar en 1994, el cual señala que las nociones de corrupción no están armonizadas en las legislaciones penales europeas y que en general la opinión pública usa el término corrupción en un sentido que no siempre coincide

relación con lo anterior, muchos analistas definen categorías de conductas corruptas, apoyándose en las leyes y otras reglas formales, por su relativa precisión y estabilidad para identificar las acciones de esa índole, pero introduciendo con ello un factor de incertidumbre en relación con el significado del fenómeno en estudio, por las naturales divergencias que es posible apreciar entre una legislación y otra².

Además, en los trabajos de numerosos autores el objeto de estudio se diluye debido a la tendencia por tratar el tema de la corrupción conjuntamente con otras formas de desviación conductual, como la criminalidad organizada y el tráfico de drogas, e incluso entremezclada con temas tan disímiles como el aborto, los fraudes electorales y el divorcio, que algunos fundamentalistas consideran como manifestaciones de un mismo fenómeno global e inseparable³.

Por último, no debemos olvidar que el tema ha sido objeto de investigación y análisis desde varias perspectivas disciplinarias, particularmente, en los campos del derecho, la sociología, la ciencia política y la economía, cada una de las cuales aplica su propia metodología y orienta el trabajo científico hacia sus fines particulares, lo que conlleva una muy entendible diversificación del sentido que cada disciplina —e incluso a nivel de los diversos enfoques existentes al interior de las mismas— atribuyen al fenómeno de la corrupción.

En las páginas que siguen examinaremos los rasgos que distinguen al fenómeno de la *corrupción* desde diversas perspectivas; determinaremos cuál es el sentido que éste posee en el plano jurídico y si ostenta la jerarquía y la identidad necesarias como para ser incluido entre las categorías dogmáticas del derecho penal.

con los criterios normativos. Así lo ha manifestado GODOY ARCAYA, O.: «Consideraciones generales sobre la corrupción y su prevención», en *Revista de Ciencia Política*, P. U. Católica de Chile, Vol. XVIII, 1-2, 1996, pp. 19-20.

² Cfr. NYE, J.: «Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis», en *American Political Science Review*, 61 N° 2, junio 1967, p. 417

³ En este sentido la opinión de ORELLANA, P.: «Corrupción y probidad: problemas y soluciones», en *Comunidad Virtual de Gobernabilidad, Desarrollo Humano e Institucional*, Santiago, octubre 2002, p. 1.

ANTECEDENTES ETIMOLÓGICOS Y EVOLUTIVOS

El término *corrupción* proviene del latín *corrupt-o*, *-ónis*, y éste, a su vez de *corrumpe*, locución verbal que se compone de *com* (juntos) y *rumpere* (romper). De acuerdo con sus antecedentes etimológicos, entonces, la palabra corrupción expresa la idea de un acto que altera el estado de las cosas mediante la complicidad o la actuación conjunta de dos o más individuos⁴. Pese a ello, desde muy temprano el uso lingüístico impuso algunas acepciones que enfatizan el carácter nocivo de una determinada actuación, en desmedro del sesgo de bilateralidad que fluye de sus antecedentes etimológicos. Así, por ejemplo, el verbo *corromper*, se usa hasta hoy –referido a las cosas– como sinónimo de alterar, pudrir, descomponer o dañar, como lo demuestran las dos primeras acepciones que le atribuye la versión vigente del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, que lo definen, respectivamente, como «Alterar y trastocar la forma de algo» y «Echar a perder, depravar, dañar, pudrir». Con referencia a las cosas inmateriales, la quinta acepción de la misma fuente le atribuye el sentido de introducir un vicio o defecto, como sucede, por ejemplo, cuando se vicia o *corrompe* el lenguaje⁵.

En relación con las personas, la acción de *corromper* y sus derivados aluden, en determinados ámbitos geográficos y culturales, al hecho de incomodar, fastidiar e irritar, y –en forma mucho más generalizada– a la acción de pervertir, como lo demuestra su frecuente empleo en el marco de la locución *corrupción de menores*⁶. También con referencia a personas, pero en un sentido no necesariamente sexual, *corromper* suele utilizarse en nuestro idioma como sinónimo de *seducir*, como lo pone de manifiesto la cuarta acepción que el Diccionario de la Real Academia Española atribuye a dicho verbo.

⁴ MIFSUD S.J., T.: «Aproximación ética al fenómeno de la corrupción», en *Revista de Ciencia Política*, U. Católica de Chile, Vol. XVIII, 1-2, 1996, p. 31. Cfr. BLOCH / WARTBURG: *Dictionnaire étymologique*. 5ª ed., París, 1968, p. 150. También, MIGLIORINI / DURO: *Prontuario etimológico*. Turín, 1949, p. 144.

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA: *Diccionario de la lengua española*. 22ª ed., 2001.

⁶ Cfr. *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid, Editorial Espasa-Calpe, 1993, p. 259.

Por último, en el lenguaje cotidiano corromper y corrupción son utilizados también para aludir a la entrega de una dádiva o recompensa a cambio de la concesión de un beneficio por parte de un funcionario, como lo demuestra la frecuencia con que aquel verbo es utilizado como sinónimo de sobornar y cohechar⁷. Este último es también el sentido con que mayormente se le utiliza en el lenguaje jurídico. Así lo pone de manifiesto ESCRICHE cuando se refiere al vocablo en análisis como «El crimen de que se hacen culpables los que estando revestidos de alguna autoridad pública sucumben a la seducción, como igualmente el crimen que cometen los que tratan de corromperlos; de suerte que la corrupción puede considerarse como activa y como pasiva: activa de parte de los corruptores, y pasiva de parte de los corrompidos»⁸.

En realidad, el uso del vocablo *corrupción*, con un sentido más amplio que el de simple equivalente a soborno es muy reciente en el ámbito del lenguaje jurídico, como lo demuestra el hecho de que el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, recién en su versión correspondiente a 2001, incorporara una cuarta acepción de aquel vocablo —desconocida hasta entonces y que no tiene un correlato en el verbo *corromper*— que reza como sigue: «En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores». Asimismo, las obras especializadas de lexicografía jurídica tienden a incorporar otras acepciones que dan cabida a un número cada vez mayor de conductas, superando ampliamente la clásica asimilación entre corrupción y cohecho. Así, por ejemplo, GOLDSTEIN señala que lo distintivo es que la corrupción refleja actitudes generalizadas respecto de la moral, la ética profesional y la función pública; y que no implica necesariamente el em-

⁷ Cfr. la tercera acepción que la versión vigente del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española atribuye al verbo *corromper*. En el mismo sentido, *El Pequeño Larousse Ilustrado*. 3ª edición. Barcelona, 1997, p. 291.

⁸ ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Edición corregida y aumentada por Juan B. Guim. Bogotá, Temis, 1977, II, p. 258. En un sentido análogo, entre varios otros, FERNÁNDEZ DE LEÓN, G.: *Diccionario Jurídico*. 2ª ed. Buenos Aires, Editorial Abecé, 1961, I, p. 545, al definir corrupción como «soborno a una autoridad con dádivas o promesas».

pleo de dinero, sino que también puede darse cuando media el ofrecimiento de un cargo, un ascenso u otra ventaja de la misma índole⁹.

La misma amplitud de significado que el vocablo *corrupción* posee en lengua castellana, aparece también en otros idiomas que tomaron del latín una fórmula análoga derivada de idéntica raíz. Así, por ejemplo, en inglés el término *corruption* denota desde muy temprano –específicamente desde el siglo XIV– las ideas de dañar, alterar y destruir una cosa; acepción a la que se añade dos siglos más tarde la de regalo dado con el objeto de influir sobre otra persona¹⁰. Tal es el arraigo alcanzado por esta última idea que hasta hoy las autoridades lingüísticas establecen una sinonimia entre *corrupt(ion)* y *bribe(ry)*, expresión esta última que específicamente designa lo que en castellano llamamos soborno o cohecho, sin perjuicio de que en inglés también coexisten las acepciones que denotan las ideas de seducir y pervertir¹¹. Tal como sucede en nuestro idioma, durante los últimos años hay también en inglés un reconocimiento expreso de la mayor amplitud que ostenta el vocablo en estudio desde el punto de vista del derecho y de las ciencias sociales, como en su momento lo pusieron de manifiesto GOULD / KOLB, al señalar que el término inglés *corruption*, en la vida pública, es el uso del poder para el beneficio privado o para el beneficio de un grupo o clase, en el sentido que constituye un quebrantamiento de la ley o de los estándares de conducta moral¹².

En lengua francesa e italiana, los vocablos *corruption* y *corruzione*, respectivamente, han tenido una evolución casi idéntica a la de su homólogo en idioma castellano. En efecto, dentro del campo semántico de esas ex-

⁹ GOLDSTEIN, R.: *Diccionario de derecho penal y criminología*. 2ª edición. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983, p. 158. En un sentido análogo, QUIJADA, R.: *Diccionario Jurídico*. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1994, p. 144.

¹⁰ HARPER, D.: *Online Etymology Dictionary*, disponible en www.etymonline.com

¹¹ KAPLAN, S. M.: *Wiley's English / Spanish and Spanish / English legal Dictionary*. Nueva York, Wiley Law Publications, 1993, pp. 37, 71, 224, 392. En un sentido similar, CABELLENAS / HOAGUE: *Diccionario jurídico. Law dictionary*. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2001, I, pp. 106, 186, 196. - ALCARAZ VARÓ / HUGHES: *Diccionario de términos jurídicos. Inglés-español, español-inglés*. 5ª ed., Barcelona, Ariel, 1999, pp. 59, 188, 244, 406, 488.

¹² GOULD, J./ KOLB, W.: *A dictionary of the social sciences*, Nueva York, The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 1964, p. 142.

presiones se cuentan también las nociones de seducir, pervertir, viciar e infectar; y, en lo que respecta específicamente al ámbito de las relaciones jurídicas, es común su identificación con la idea de soborno, todo ello en un contexto significativo prácticamente idéntico al anteriormente explicado¹³.

ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

En el ámbito de las ciencias sociales no existe un concepto unívoco de *corrupción*, básicamente en atención a que este fenómeno cuenta con una pluralidad de enfoques metodológicos, cada uno de los cuales destaca, enfatiza o confiere primacía a algún elemento concreto de los varios que suelen proponerse como factores inherentes a la estructura de aquella categoría social.

Pese a ello, existe consenso en torno a algunos puntos centrales relativos al proceso de la conceptualización del fenómeno en estudio. Así, por ejemplo, los autores concuerdan en que la definición de corrupción que en definitiva se adopte debe ser válida tanto para el nivel microsociológico como para el ámbito macrosociológico, puesto que el fenómeno se da en ambos niveles¹⁴. Asimismo, un elemento que está presente prácticamente en todas las propuestas científicas en torno al problema de la corrupción es el *carácter secreto* y la *falta de transparencia* que denotan las acciones susceptibles de ser encasilladas bajo aquella denominación¹⁵.

Desde otro punto de vista, se aprecia también una clara tendencia hacia el abandono de las posiciones llamadas *formalistas* o *legalistas* que en

¹³ Cfr. CAPITANT, H.: *Vocabulario Jurídico*. Trad. H. Guaglianone, Buenos Aires, Depalma, 1961, p.167; MARTÍNEZ AMADOR, E.: *Diccionario italiano-español, español-italiano*, Barcelona, Edit. Ramón Sopena, 1983, p. 1003; MERLIN WALCH, O.: *Dictionnaire juridique*. 4ª ed. París, Editorial Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998, p. 759.

¹⁴ En este sentido, OLIVERA PRADO, Mario: «Hacia una sociología de la corrupción», en *Revista Probidad*, 16, octubre-noviembre 2001, pp. 7-10, quien, consecuente con su planteamiento, define corrupción como «Acción social ilícita o ilegítima encubierta y deliberada con arreglo a intereses particulares, realizada vía cualquier cuota de poder en espacios normativos institucionalizados y estructurados, afectando deberes de función intereses colectivos y/o la moral social».

¹⁵ STÜCKELBERGER, C.: «Lutte contre la corruption. Un tâche urgente pour les œuvres d'entraide, les missions et les églises», en *Repères*, Lausanne, N° 1, 2000, p. 3.

otra época imperaron en la aproximación socio-política al fenómeno de la corrupción¹⁶. En general se acepta que este último concepto necesariamente refiere al ámbito del derecho, tanto por la circunstancia de que las conductas corruptas implican violación de preceptos legales, como por el hecho de que ellas representan una clara transgresión al valor de la justicia¹⁷.

Sin embargo, se estima que un enfoque estrictamente formal de la corrupción, que considere sólo el dato de su tipificación legal, no permite —desde la perspectiva de un análisis estrictamente sociológico— establecer parámetros para medir la gravedad de las conductas que quedan comprendidas bajo aquella denominación¹⁸. Tal es la razón por la cual normalmente se afirma que *corrupción* no es sinónimo de *ilegalidad*, lo que aparece ejemplificado con una serie de prácticas y actividades que no implican la violación de ninguna disposición legal, pero que llevan consigo una falla ética y de comportamiento colectivo (como las acciones que transgreden los cánones de conducta establecidos por organizaciones o corporaciones, o por asociaciones de profesionales), que tienen efectos sobre el conjunto de la economía y de la sociedad y que, por esto mismo, son parte de lo que genéricamente se denomina *corrupción*¹⁹.

Siempre en el área de las ciencias sociales, entendemos que también puede considerarse como ampliamente superado el enfoque que concibe la corrupción como el incumplimiento de una obligación ética²⁰ o, para ser

¹⁶ Desde el ámbito de las ciencias jurídicas, en cambio, se siguen planteando posiciones que difieren de este planteamiento. Así, por ejemplo, GARZÓN VALDÉS, E.: «Acerca del concepto de corrupción», en *Claves de la Razón Práctica*, N° 56, octubre 1996, pp. 26-38, señala que no es posible hablar de corrupción sin hacer referencia simultáneamente al marco normativo dentro del cual se produce el acto o la actividad calificada de corrupta.

¹⁷ DEFLEM, M.: «Corruption, Law and Justice: A Conceptual Clarification», en *Journal of Criminal Justice* 23(3), 1995, pp. 249-258.

¹⁸ OLIVERA PRADO, M.: «Hacia una sociología de la corrupción», en *Revista Probidad*, 16, octubre-noviembre 2001, pp. 7-10.

¹⁹ REOS, O. A.: «Efectos económicos de la corrupción», ob. cit., p. 2.

²⁰ MIKKELSEN-LOTH, J. F.: *Enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar la corrupción en la Administración pública*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 10.

más exactos, el que la concibe como aquella conducta que se desvía de los deberes morales de una función o cargo públicos a causa de ganancias personales²¹. La principal ventaja de esta concepción es que, merced a su esfuerzo de síntesis, permite englobar toda una serie de conductas corruptas, desde el cohecho, al nepotismo o el tráfico de influencias. Pero no menos patente es, sin embargo, el principal inconveniente que plantea: su excesiva amplitud impide deslindar con nitidez conductas como las descritas y termina produciendo confusión²².

La literatura sociológica tiende a identificar la corrupción con operaciones movidas por el afán de beneficio económico directo o indirecto²³. *El enriquecimiento ilícito* obtenido por medio del abuso de la función pública —se ha dicho entre nosotros— *constituye la esencia de la corrupción*. La corrupción representa, en efecto, una relación socialmente patológica entre dos fuentes de poder: el poder económico y el poder político. Mediante tal relación, quienes detentan uno de tales poderes, lo transan a cambio del otro. Así, en una relación corrupta, el poder del dinero busca influir sobre la función pública en beneficio propio e, inversamente, quienes ejercen esta última la distorsionan para favorecer a quienes les proporcionan rentas económicas²⁴.

²¹ Cfr. GARCÍA MEXÍA, P.: *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Pamplona, Aranzadi, 2001, pp. 59-60.

²² OLIVERA PRADO, M.: «Hacia una sociología de la corrupción», ob. cit., pp. 7-10. Considerada de manera muy amplia, ha escrito LASCOUMES, la corrupción designa dos tipos de desviación. En primer lugar, el comportamiento de quien ostentando una autoridad utiliza la situación de poder que ésta le confiere para aplicar una norma en provecho suyo o en el de otra persona u organización; y, en segundo lugar, una concepción más extensa designa —entre otros elementos— la transgresión de un principio moral (igualdad de trato) cuya sanción no está exactamente establecida. LASCOUMES, Pierre: *Corrupsiones. El poder frente a la ética*, Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2000, pp. 36-37.

²³ ASÚA BATARRITA, A.: «La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración», en Asúa Batarrita (Dir.): *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 17.

²⁴ FERRIHO YASIGI, A.: «Corrupción, transparencia y democracia: reflexiones pertinentes en la hora actual», en *Asuntos Públicos*, enero 28, 2003, p. 5.

En este sentido, por ejemplo, ROSE-ACKERMAN reconoce que su enfoque acerca de este fenómeno se aplica a transacciones donde el dinero u otra cosa de valor es ilegalmente transferido a cambio de un beneficio proporcionado por un servidor público²⁵. Desde una perspectiva económica, en efecto, la corrupción suele ser entendida en un contexto de personas racionales que determinan su conducta, procurando satisfacer su propio interés –con el fin de maximizar su bienestar– en un mundo en el que los recursos necesarios para ello son escasos, las necesidades son ilimitadas y la información disponible para tomar decisiones es imperfecta²⁶. De acuerdo con este enfoque la corrupción es vista como un mecanismo de distribución de recursos escasos, en el contexto de los mercados ilegales que pueden surgir como reacción frente a cualquier intento estatal por controlar las fuerzas del mercado²⁷.

Si bien se acepta que el provecho a que alude esta concepción no siempre es para sí mismo –sino que también puede ser para familiares, amigos, para un grupo o para una organización–, durante los últimos años se ha cuestionado la procedencia de atribuir carácter necesariamente pecuniario a los actos en que se concreta la corrupción, estimándose que lo esencial es la primacía que asume el interés particular, sea que éste se concrete en una ventaja patrimonial o en cualquier otra forma de gratificación o satisfacción²⁸. En otras palabras, pese a que tales beneficios son casi siempre de índole económica, no queda excluida la posibilidad de que ellos

²⁵ ROSE-ACKERMAN, S.: «Corrupción y competencia», en *Revista de Ciencia Política*, P. U. Católica de Chile, Vol. XVIII, 1-2, 1996, p. 43. Cfr. de la misma autora: «Corrupción: causas, consecuencias y remedios», en *Primera Conferencia Nacional Anticorrupción*, Lima, junio 2001.

²⁶ BINDER, J./VELOZO, J.: «La corrupción: una visión desde la perspectiva económica y jurídica», en *Red 21*, diciembre 2001, p. 2.

²⁷ Cfr. la explicación y crítica de GARCÍA MEXÍA, Pablo: *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, pp. 59-63. Este enfoque, por lo demás, no logra explicar cómo la corrupción sigue campeando en varios países e incluso se ha fortalecido, al amparo del sistema neo-liberal. Sobre esto último, vid. OLIVERA PRADO, M.: «Hacia una sociología de la corrupción», ob. cit., pp. 7-10.

²⁸ TANZI, V.: *Polities, Institutions and the Dark Side of Economics*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2000, p. 111.

consistan en otro tipo de gratificaciones no directamente evaluables en dinero. Basta pensar en el otorgamiento de honores, premios u otro tipo de favores no obtenibles a través del cumplimiento de un deber posicional²⁹.

Un concepto muy difundido de corrupción es aquel que la concibe como abuso de poder *público* para la obtención de un beneficio particular. En otras palabras, el «fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa»³⁰. Esta fórmula definitoria concitó en su momento una gran difusión a nivel supranacional —la adoptó, por ejemplo, el Banco Mundial— y fue acogida en Chile por la Comisión Nacional de Ética Pública en 1994, al considerar que «hay corrupción cuando un agente público, en el ejercicio de las funciones que le atribuye la legislación vigente, y a través de las mismas, consigue un beneficio privado (que puede ser monetario o de otra naturaleza)».

Se ha sostenido que el error en que incurren las definiciones tan estrictas de corrupción —ligadas sólo al desempeño de una función pública— es el de poner en calidad de víctimas a los particulares que intervienen como cómplices o como beneficiarios de esta clase de conductas. En este sentido, se estima que no es suficiente la explicación de que las acciones cometidas por particulares quedan sometidas al estatuto jurídico previsto para los delitos comunes, porque en la mayor parte de los países las conductas susceptibles de ser calificadas como corruptas y que son objeto de castigo al ser ejecutadas por un funcionario, quedan, en cambio, impunes cuando son cometidas por un particular³¹.

²⁹ GARZÓN VALDÉS, E.: «Acerca del concepto de corrupción», en *Claves de la Razón Práctica*, N° 56, octubre 1996, pp. 26-38.

³⁰ PASQUINO, G.: «Corrupción», en Norberto Bobbio (coord.): *Diccionario de Ciencia Política*, México, Edit. Siglo XXI, 1998, pp. 438-440.

³¹ Más aún, desde posturas radicales se considera que esta clase de explicaciones simplemente pasa por alto que «el sistema capitalista pretende endosarle el problema de la corrupción solamente al sector estatal y disminuir o esconder el problema de corrupción de la llamada delincuencia de cuello blanco que es tan grave como la anterior». ZAFRA ROLDÁN, G.: *La corrupción, la Convención Interamericana, sus alcances y sus límites. El problema ideológico*, Washington, OEA, noviembre 1999, p. 5.

En verdad, las definiciones de los más destacados estudiosos del tema incluyen hoy una referencia a los agentes privados como sujetos capaces de incurrir en corrupción. Tal es el caso de la fórmula que propone JOHNSTON cuando alude a «Abuso de los puestos o recursos públicos o el uso de formas ilegítimas de influencia política por integrantes de los sectores público o privado»³² y la propuesta de BAILEY que se refiere a las operaciones ocultas y a todas las maniobras en que intervienen personas que ejercen funciones públicas o privadas, con infracción de los deberes que imponen su calidad de funcionario público, empleado particular o agente independiente, con el fin de obtener ventajas ilícitas de cualquier género, para ellos mismos o para otros³³.

SUJETOS DE LA CORRUPCIÓN

En relación con las personas que intervienen en la ejecución de los comportamientos corruptos la posición tradicional sostiene que éstos se caracterizan por la concurrencia de –por lo menos– dos partes que realizan un *intercambio voluntario*, elemento que permitiría trazar una diferencia con el resto de las acciones delictivas³⁴.

Con todo, hay autores que señalan que la presencia de esta dualidad de voluntades no es inherente al concepto de corrupción, porque las cosas no siempre suceden de ese modo. Si un funcionario, por ejemplo, actuando en solitario se apropia de dineros públicos, está cometiendo un acto que atenta contra la propiedad de la institución que le ha confiado sus fondos y, paralelamente, traicionando la confianza depositada en él por quienes lo han investido de tales poderes. Pero si un agente público acepta un soborno para inscribir a una empresa en un listado de proveedores sin cumplir los requisitos legales, realiza una contratación ilícita o permite que alguien

³² JOHNSTON, M.: «Funcionarios públicos, intereses privados y democracia sustentable: cuando la política y la corrupción se juntan», en Elliott K. A.: *La corrupción en la economía global*, México, Limusa, 2001, p. 84.

³³ BAILEY, B. M.: *La lutte contre la corruption : questions et stratégies*, Agence Canadienne de Développement International, junio 2000, p. 77.

³⁴ WAGNER, G.: *Corrupción y modernización del Estado*, documento de trabajo N° 174, Instituto de Economía, U. Católica de Chile, Santiago, 1994, p. 6.

viole la ley en su propio provecho, aceptando para ello parte de los beneficios obtenidos, se da una situación en la que claramente destaca la complicidad entre las partes³⁵. Por esto, algunas opiniones doctrinales enfatizan, más que el intercambio entre dos voluntades, la *transgresión de una relación de confianza*³⁶ o la existencia de un cierto *poder de discrecionalidad* de parte de quien ejecuta el comportamiento corrupto³⁷.

En los enfoques tradicionales, el usuario es el sujeto principal, al que generalmente se le atribuye el rol activo, mientras que funcionarios y/o jefes tienen un rol pasivo de aceptación. De esta manera la corrupción aparece como una intromisión al proceso administrativo. El jefe o directivo aparece como quien emprende la lucha para eliminar esas influencias externas que han corrompido a la administración. A partir de la afirmación de que el esquema de la dualidad de voluntades no agota la complejidad del proceso de la corrupción y con base en la propia experiencia administrativa, ORELLANA distingue seis formas distintas de corrupción: aquella que realizan los *funcionarios* (la micro corrupción como el robo de material de oficina); la que relizan los jefes (como la apropiación de los fondos públicos cuya administración les ha sido confiada); la que ejecuta una asociación delictiva en la que intervienen jefes y funcionarios; la realizada por una asociación entre usuario y funcionario; la ejecutada por una asociación entre usuario y jefe; y, por último, la que es llevada a cabo por una asociación entre usuarios, funcionarios y jefes³⁸.

En términos generales, se acepta que las normas éticas —y aun la propia sociedad— son más exigentes con los funcionarios públicos, que con el resto de los ciudadanos, cualquiera sea la esfera de la actividad pública en que se desempeñen: administración central, poder legislativo, órgano juri-

³⁵ SABINO, C.: «Democracia y corrupción en América Latina», en *La Ilustración Liberal*, N° 5, Caracas, enero 2000, pp. 6-7. Aceptando, también, la posibilidad de que intervenga un solo individuo, ORELLANA, P.: «Corrupción y probidad: problemas y soluciones», en *Comunidad Virtual de Gobernabilidad, Desarrollo Humano e Institucional*, Santiago, octubre 2002, pp. 2-3.

³⁶ STÜCKELBERGER, C.: «Lutte contre la corruption...», ob. cit., p. 3.

³⁷ WAGNER, G.: *Corrupción y modernización del Estado*, ob. cit., p. 7.

³⁸ ORELLANA, P.: «Corrupción y probidad: problemas y soluciones», en *Comunidad Virtual de Gobernabilidad, Desarrollo Humano e Institucional*, Santiago, octubre 2002, pp. 4-5.

diccional. Ello obedece a que los servidores públicos tienen poder y autoridad sobre el resto de los ciudadanos. «Para decirlo en una palabra: gobiernan, y el gobierno es, en cierto modo, un privilegio, pues da a quien lo detenta un poder sobre otros». Es, además, una responsabilidad, porque del ejercicio de ese poder depende el progreso y el bienestar de la nación. Estas son, precisamente, las razones por las que se considera que los funcionarios públicos tienen más obligaciones en cuanto a cómo conducirse en su vida pública, e incluso en su vida privada, y sobre ellos pesa un especial deber de cuidado en la relación que necesariamente existe entre la esfera de su vida y la de sus responsabilidades públicas³⁹.

Optar por este planteamiento significa abandonar también la idea de que para hablar de corrupción hay que hacer necesariamente referencia a una persona que ocupa una posición oficial, es decir, a una autoridad o, lo que es lo mismo, a alguien que detenta una cuota de poder. Alguien es *autoridad* cuando, entre otras cosas, tiene competencia para tomar decisiones: es, por ello, un decisor. Pero, el carácter de decisor no tiene por qué estar limitado a una autoridad. Así, alguien puede ser un decisor en virtud del papel social que desempeña o de la posición que ocupa dentro del sistema normativo, sin que ello implique necesariamente la potestad para dictar disposiciones jurídicamente obligatorias.

Según GARZÓN VALDÉS, en los actos o actividades de corrupción interviene siempre, por lo menos, un decisor, que se encuentra sujeto a una serie de deberes. En este sentido, en el caso de los cargos oficiales estos imponen a quienes los detentan una serie de deberes específicos que suelen llamarse «institucionales». No obstante, para los casos en que los sistemas normativos no son políticos o jurídicos, podemos hablar mejor de «deberes posicionales». De modo que es posible hablar de los derechos y deberes institucionales o posicionales de, por ejemplo, un gobernante, de un juez, de un futbolista o un director de empresa.

Los deberes posicionales se adquieren a través de un acto voluntario en virtud del cual alguien acepta asumir un papel dentro de un sistema

³⁹ ARRIAGADA, G.: «El Estado y la prevención de la corrupción», en *Revista de Ciencia Política*, P. U. Católica de Chile, Vol. XVIII, 1-2, 1996, pp. 10-11. En un sentido análogo, SABINO, Carlos: «Democracia y corrupción en América Latina», ob. cit., pp. 6-7, quien se refiere a una «asimetría de responsabilidades».

normativo; su ámbito de validez está delimitado por las reglas que definen la posición respectiva. En este sentido, si se acepta que las obligaciones son deberes adquiridos por promesas o aceptación expresa o tácita de una determinada posición en una práctica social, según este razonamiento, deberíamos admitir que la corrupción implica siempre un acto de deslealtad o hasta de traición con respecto al sistema normativo⁴⁰.

CLASES DE CORRUPCIÓN

Varios son los criterios de clasificación que la doctrina propone, desde la perspectiva de las ciencias sociales, en torno al fenómeno de la corrupción. Ante la imposibilidad de efectuar una reseña completa de todos ellos, a continuación expondremos en sus trazos más generales aquellos que pueden reportar una mayor utilidad para los fines que aquí interesan.

a) Corrupción sistémica, subsistémica y dispersa

Tomando como base lo difundidas que puedan encontrarse las prácticas corruptas al interior de una sociedad, la doctrina distingue entre corrupción *sistémica* (o institucionalizada), *subsistémica* y *dispersa*⁴¹. La primera denominación se reserva para designar aquellas situaciones en que la corrupción afecta a la totalidad del sistema político, hasta el punto de llegar a generarse lo que FERRAJOLI denomina un *infraestado* al interior de otro estado que asume la condición de fachada⁴². La segunda denominación se utiliza para designar la corrupción que puede afectar a determinados subsistemas del aparato público, como la policía, los organismos encargados de la recaudación de tributos, el órgano jurisdiccional, etc. Se denomina,

⁴⁰ GARZÓN VALDÉS, E.: «Acerca del concepto de corrupción», ob. cit., pp. 26-38.

⁴¹ GODOY ARCAÑA, O.: «Consideraciones generales sobre la corrupción y su prevención», ob. cit., pp. 17-18. Tomando como base el mismo parámetro del criterio de clasificación en estudio, algunos distinguen únicamente dos grandes formas de corrupción. En este sentido, por ejemplo, la opinión de MIKKILSEN-LOTH, J. F.: *Enriquecimiento ilícito...*, ob. cit., p. 10, quien habla de corrupción *genérica* (comprensiva de toda la sociedad) y *específica*.

⁴² FERRAJOLI, L.: «El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad» en Andrés Ibáñez (Dir.): *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 16.

por último, *dispersa*, a la corrupción que sólo se manifiesta en unos pocos casos aislados. La utilidad de esta distinción radica, fundamentalmente, en las diversas estrategias que es necesario emprender para la prevención y represión de esta clase de comportamientos, dependiendo del grado de generalización que ellos hubieren alcanzado⁴³, en el entendido de que mientras mayor sea éste mayores serán también las dificultades que habrá que enfrentar para el logro de aquellos objetivos⁴⁴.

b) Corrupción política y administrativa

La corrupción *administrativa* –aquella a la que más comúnmente se asocia la idea de corrupción y que algunos llaman *burocrática*– por lo general consiste en un traspaso indebido de recursos desde un fin legítimo a otro ajeno a las finalidades del servicio público. La corrupción *política*, en cambio, es aquella que realizan las personas que ejercen un cargo de elección popular o que genera responsabilidad de esa índole. En los casos dudosos, la asignación de uno u otro carácter se define por su actor principal⁴⁵.

Tomando como base las categorías en estudio, OLIVERA PRADO distingue cuatro situaciones que reflejan los distintos niveles de nocividad que aquéllas pueden generar: a) *Corrupción administrativa de alta nocividad social*, que es cometida por quienes detentan poder administrativo en espacios normativos institucionalizados y estructurados, de importancia por su amplitud social o por su carácter tutelar o fiscalizador, o por implicar administración de justicia en la sociedad. Afecta el cumplimiento de deberes de función que son claves para la sociedad, para comunidades nacionales e incluso internacionales. En muchos casos está relacionada con el crimen organizado; b) *Corrupción administrativa de efecto local*, que afecta a niveles administrativos y ejecutivos en espacios reducidos, c) *Corrupción normativa*

⁴³ KAUFMANN, Daniel / GRAY, Cheryl W.: «Corruption and development», en *Finance & Development*, 35-1, marzo 1998, p. 2.

⁴⁴ CARTIER-BRESSON, J.: «Corruptions, liberalisations et démocratisations», en *Tiers Monde* 161, París, Greid, 2000, pp. 9-14.

⁴⁵ ORELLANA, P.: «Corrupción y probidad: problemas y soluciones», ob. cit., pp. 2-3. En general sobre esta distinción: TANZI, V.: *Policies, Institutions and the Dark Side of Economics*, ob. cit., 2000, pp. 111-112. Cfr. también CARTIER-BRESSON, J.: «Corruptions, liberalisations et démocratisations», ob. cit., pp. 9-14.

de alta nocividad social. Se realiza en los niveles normativos y legislativos de la sociedad en su conjunto. Implica la gestación de normas dolosas por intereses creados; y d) *Corrupción normativa de efecto local*. Se da en niveles de alcance reducido en cuanto a su tamaño y a su relativa autonomía normativa. Implica gestación y manipulación de normas con intereses particulares⁴⁶.

c) Corrupción individual y corporativa

La distinción entre corrupción individual y colectiva (también llamada corporativa) atiende a si los comportamientos corruptos son obra de una o más personas determinadas o si, por el contrario, son el fruto de una organización. A este respecto puede diferenciarse aquella corrupción individualizable o esporádica, de la *corrupción objetiva*, alojada como código paralelo en la determinación de las expectativas de funcionamiento de las administraciones públicas. En la corrupción como caso individual el intercambio de favor por dinero se conforma como una reacción horizontal sin caracteres de permanencia. Una dimensión distinta caracteriza la prestación de favores en relaciones de desigualdad propias de estructura de clientismo, donde la jerarquía y la lealtad a quien ostenta el poder puede llegar a infectar seriamente el funcionamiento institucional, hasta el punto de comprometer la legitimidad del sistema público en su función de servicio al interés general⁴⁷.

Cuando se habla de corrupción, en general, se tiende a creer en una participación individual en esta clase de actividades. Sin embargo, el desarrollo de las organizaciones delictivas ha tenido un crecimiento constante y una evolución enorme a partir de la segunda Guerra Mundial. La internacionalización definitiva de la economía hizo que hubiera un crecimiento cualitativo en organizaciones cuyo origen muchas veces se remontaba al orden feudal y preindustrial. Se considera que las mayores organizaciones son de esta índole y funcionan con códigos éticos que no reconocen a los estados y mucho menos a las instituciones legales o normativas surgidas en la modernidad.

⁴⁶ OLIVERA PRADO, Mario: «Hacia una sociología de la corrupción», en *Revista Probidad*, 16, octubre-noviembre 2001, pp. 9-10.

⁴⁷ ASÚA BATARRITA, A.: «La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración», ob. cit., p. 17

Por otra parte, en los países donde la estructura social no ha superado el atraso rural o éste sigue teniendo una gran importancia en las formas de pensamiento, existe una tendencia a que las organizaciones delictivas tengan mayor soporte social; en relación directa con el clientelismo político y el padrinazgo como formas de estructura socio políticas. A su vez, la falta de valores democráticos permite el desarrollo del tipo de organización corporativa y verticalista que tiene un valor ritual y mitológico para sus componentes. En esta clase de organización el padrinazgo, la cooptación, la obediencia ciega, los códigos internos son valores que sustituyen la razón normativa, la solidaridad social, la tolerancia, la justicia y obviamente la resolución de los problemas en forma cooperativa y democrática. Es por ello que el comportamiento de las fuerzas políticas que participan de la corrupción, no se diferencia —a los ojos de los ciudadanos— del crimen organizado. Estas actuaciones con fines oscuros y, necesariamente, insolidarios crea un sentimiento de inseguridad, poniendo en duda, cuando no eliminando, los valores éticos con los cuales se desarrolla y se sustenta la sociedad moderna.

Por otra parte, ha escrito DÍAZ DIONIS, los partidos y grupos políticos de clara tendencia antidemocrática tienen una cantidad de elementos comunes con las organizaciones delictivas que les permiten utilizarse mutuamente y en muchos casos asociarse⁴⁸. Lo mismo pasa con las estructuras informales para recaudar fondos de los partidos democráticos, ya que están obligados por el propio sistema que generan a compartir espacios marginales del sistema, como por ejemplo: las mismas redes de lavado y legalización del dinero, los mismos asesores legales, los mismos especialistas financieros y, en muchos casos, los mismos aparatos logísticos de la clandestinidad marginal que pueden utilizar los narcotraficantes o los mayoristas de armas. Este es el caso de muchos servicios de inteligencia que utilizan a organizaciones criminales para sus fines más oscuros. Es lo que los especialistas han denominado la «zona gris». Ese lugar donde no se diferencia la política del delito; una zona fronteriza entre los valores democráticos y el mundo antidemocrático; entre lo ético y lo amoral.

⁴⁸ DÍAZ DIONIS, G.: «La economía del delito al servicio de la política», ob. cit., pp. 3-4

d) Corrupción pública y privada

El concepto de corrupción se aplica generalmente al ámbito público, sin embargo, es posible afirmar que la corrupción es también una realidad en el mundo privado, tanto en el ámbito de empresas como en el de las instituciones de la sociedad⁴⁹. En términos generales, se considera que su menor connotación social obedece a que ella simplemente es menos atractiva para los medios de comunicación y para la industria política; y, desde una perspectiva científica, se postula que para fines de análisis no debe mezclarse con la corrupción pública⁵⁰.

En el sector privado, si bien se acepta la prevalencia del interés particular sobre el público, éste se logra respetando las reglas del juego establecidas, acorde con las normas de la competencia y leyes que regulan la actividad privada para armonizarla con la actividad pública. Entonces, podemos decir que hay corrupción en el sector privado cuando se violan las reglas del juego, los valores del sistema, las leyes del funcionamiento de la economía de mercado o el sistema normativo con el propósito de obtener determinadas ventajas. Esta forma de corrupción suele ser juzgada con menos dureza que la corrupción político-administrativa, ya que sus costos son principalmente económicos, y no políticos y sociales a la vez, como lo es en el sector público. Es así como los afectados son los consumidores y no los ciudadanos contribuyentes⁵¹.

En muchos países, la desregulación súbita de sectores completos de la actividad económica que alguna vez estuvieron bajo control exclusivo del Estado amplió en gran medida la ocasión para malos manejos, abriendo las puertas al fraude y a todo tipo de abusos por parte de empresas que

⁴⁹ PACHECO GÓMEZ, M.: «Análisis conceptual de la corrupción y de la probidad pública» en *Revista de Ciencia Política*, P. U. Católica de Chile, Vol. XVIII, 1-2, 1996, pp. 37-38. Una completa investigación sobre la corrupción en el ámbito comercial e industrial, puede consultarse en CLINARD, Marshall B.: *Corporate Corruption: The Abuse of Power*. Nueva York, Praeger, 1990.

⁵⁰ WAGNER, G.: *Corrupción y modernización del Estado*, ob. cit., p. 21. Se reconoce, sin embargo, que el uso común del término «corrupción» comprende indistintamente acciones realizadas en el sector público y en el sector privado. Cfr. NJAIM, H.: «Corrupción política», en *Biblioteca Católica Digital*, 2000. Cfr. TANZI, V.: *Policies, Institutions and the Dark Side of Economics*, ob. cit., p. 111.

⁵¹ RONCAL PLAZA, R.: «La corrupción», ob. cit., p. 3.

intentan sacar provecho de las oportunidades creadas por el sistema. Las consecuencias nefastas que ha traído consigo el proceso privatizador en numerosos países se ha manifestado no sólo en una falta de transparencia en la etapa del traspaso de la propiedad de las empresas privadas, sino también en las condiciones en que éstas han comenzado a operar⁵².

La preocupación actual por la dinámica y las consecuencias de la corrupción privada obedecen, fundamentalmente, a la importancia que estas acciones corruptas tienen sobre los mercados más desarrollados, en especial sobre los mercados financieros y de capitales, considerando los autores que su impacto puede ser muy amplio y dañino. La desconfianza y la falta de credibilidad derivada de estas acciones, además, se propaga tanto a nivel de países desarrollados, como de países en vías de desarrollo, poniendo en peligro algunos de los logros de la globalización, en especial la circulación internacional de capitales⁵³.

Por último, si se pondera un acto atendiendo a si ha habido o no respeto por las normas de la moral social en términos de honestidad y justicia, será posible calificar como corrupto un hecho cuando éste sea percibido como fundado sobre un principio de acción legítimo en un determinado espacio social. Así habrá corrupción política cuando la búsqueda del beneficio económico privado (por un individuo o por un partido) prevalezca sobre los valores de desinterés y equidad que están en la base del bien común. Asimismo, habrá corrupción privada cuando la estricta búsqueda del beneficio sobrepase los valores de justa competencia (empresas) o justa competición (deportes). Este criterio de legitimidad es esencial para determinar si ha habido o no conflicto de intereses en una gestión o una decisión y condiciona la eventual aplicación de una sanción⁵⁴.

CARACTERES Y MANIFESTACIONES DE LA CORRUPCIÓN

Según OLIVERA PRADO, cinco caracteres distinguen, principalmente, el fenómeno de la corrupción. En primer término, su *generalización*, en cuanto

⁵² GLYNN / KOBRIN / NAÏM: «La globalización de la corrupción», ob. cit., p. 15.

⁵³ REOS, O. A.: «Efectos económicos de la corrupción», ob. cit., pp. 4-5.

⁵⁴ LASCOURMES, P.: *Corrupsiones. El poder frente a la ética*, ob. cit., pp. 37-41.

se registran manifestaciones de este fenómeno prácticamente en todos los países del mundo. Enseguida, su *heterogeneización*, lo cual implica que las modalidades de la corrupción son diversas y tienden a multiplicarse: además, de las ya reconocidas en los Códigos Penales surgen modalidades nuevas asociadas al avance del crimen organizado, los avances tecnológicos y la globalización. En tercer lugar, su *enraizamiento en el tejido social*, puesto que la corrupción no se queda a nivel de los gobiernos y áreas de poder visible, sino que llega incluso a las organizaciones sociales, como la actividad, empresarial, educativa, deportiva y sindical. En cuarto lugar, su *internacionalización y transnacionalización*, pues con el poder corruptor y económico del crimen organizado, así como por la misma globalización del mundo, la corrupción rompe las barreras nacionales, adquiriendo conexiones insospechadas. Por último, sus graves consecuencias económicas, políticas y sociales en cuanto a exacción y dilapidación de fondos públicos, afectación de intereses colectivos, ingobernabilidad, afectación de la moral social, consecuencias que ya han sido motivo de gran atención en foros del más alto nivel, entre lo que se cuentan ocho *Conferencias Mundiales sobre la Corrupción*, auspiciadas por organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial⁵⁵.

En verdad, es tan grande la diversidad de los actos que quedan comprendidos bajo el nombre de corrupción que no resulta posible efectuar una reseña completa de todos ellos. Sin embargo, utilizando los parámetros mayormente utilizados por los autores, es posible formular alguna agrupación que permita dar cuenta de los caracteres fundamentales de los distintos comportamientos que se consideran como manifestaciones de corrupción.

Así, por ejemplo, tomando como base el criterio de la modalidad ejecutiva del acto, los autores entienden que la corrupción puede materializarse tanto en acciones realizadas con abuso de una posición de confianza —situación que constituye la regla general—, como en acciones en las que media el empleo de engaño o coerción (por ejemplo, de jefe a subalterno); y tanto en acciones que suponen un concierto de voluntades, como en acciones en las que no esté presente este elemento. Asimismo, en relación

⁵⁵ OLIVERA PRADO, M.: «Hacia una sociología de la corrupción», ob. cit., pp. 7-8.

con la motivación, se acepta que las conductas corruptas pueden estar impulsadas por el afán de lucro o por un ánimo distinto, y en el primer caso, que la actuación puede tener por objeto tanto la reducción de costos como el incremento efectivo de las utilidades generadas en una determinada operación. Tratándose de actuaciones en que interviene un agente público, la opinión unánime considera que aquéllas pueden darse, indistintamente, al interior del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o del Poder Judicial. En este contexto, SCHLOSS señala que los actos constitutivos de corrupción pueden estar encaminados al logro de los siguientes objetivos: a) evitar licencias, permisos y firmas; b) adquirir poder monopolístico, como por ejemplo, imponiendo obstáculos al ingreso de competidores; c) adquirir acceso a bienes públicos, incluyendo el otorgamiento legal y/o ineconómico de contratos de obras o servicios públicos; d) obtener acceso al uso de bienes públicos o peor aún su apropiación y desmantelamiento; e) obtener acceso a condiciones financieras preferenciales; f) ejercer comercio ilegal de bienes prohibidos, por razones de seguridad o salud, tales como drogas y material nuclear; g) efectuar transacciones financieras ilícitas, tales como lavado de dinero y utilización ilegal por los funcionarios de información privilegiada en actividades del sector financiero; h) influenciar actos administrativos o legislativos; y, por último, i) influenciar decisiones judiciales⁵⁶.

En ese mismo caso, se acepta que el acto corrupto puede obedecer tanto en la iniciativa del agente, como a la de una persona ajena al ámbito funcional, pero que de alguna manera se encuentra en situación de tener que realacionarse con dicho ámbito⁵⁷.

Desde un punto de vista normativo, ahora, las formas de corrupción suelen organizarse en torno a dos polos extremos. Por un lado, las infracciones penales, que definen un comportamiento preciso y su sanción (cohecho activo y pasivo, exacción, ataque a la igualdad de oportunidades en los contratos públicos, ventajas obtenidas por parte de actuales o antiguos funcionarios). En el otro extremo, se encuentran las conductas socialmen-

⁵⁶ SCHLOSS, Miguel: «Combatiendo la corrupción en aras del desarrollo», en *Primera Conferencia Nacional Anticorrupción*, Lima, junio 2001, pp. 5-6

⁵⁷ TANZI, V.: *Policies, institutions and the dark side of economics*, ob. cit., pp. 111-112.

te censurables, pero cuyo modelo de sanción no está legalmente determinado (*lobbying*, algunas formas de evasión fiscal, creación de *sociedades-pantalla*, regalos de fin de año ofrecidos por una empresa a determinados funcionarios o a la persona electa para un cargo, algunas modalidades que pueden revestir los procesos de privatización)⁵⁸.

Un segundo eje de diferenciación —expuesto por LASCOUMES— es transversal al que acabamos de reseñar y concierne al marco de realización de los comportamientos precedentemente enuncados. También en él los casos concretos no están separados de manera dicotómica, sino que se sitúan entre dos polaridades, una pública (administrativa o política) y otra privada (un individuo o una organización). Lo esencial de las relaciones corruptas se sitúa en la intersección de estos dos espacios de realización, es decir, en la interacción entre espacio público y espacio privado (tráfico de influencias por un depositario de la autoridad pública; ataque a la igualdad de los candidatos en un concurso público; contratación de un funcionario por una empresa sobre la que él ejerce o ejerció algún grado de control).

Pero hay otros comportamientos que pertenecen específicamente a uno u otro espacio. La *exacción ilegal*, por ejemplo, se realiza totalmente en el seno del ámbito público: consiste en percibir, por parte de un depositario de la autoridad pública, una suma indebida. En el extremo opuesto, puede mencionarse el hecho de solicitar o aceptar, el directivo de una empresa ofertas o promesas para cumplir o abstenerse de realizar un acto propio de su cargo. Este comportamiento es absolutamente simétrico al que concierne a los funcionarios públicos y a quienes detentan un cargo de elección popular⁵⁹.

Según un esquema desarrollado por RONCAL PLAZA, las distintas acciones susceptibles de ser clasificadas como actos corruptos pueden ser reunidas en tres grupos⁶⁰:

- a) *Actos de corrupción directa*, en los que se da un aprovechamiento por parte del funcionario público, del agente privado o de un particular, para obtener un beneficio. Dentro de este grupo se

⁵⁸ LASCOUMES, P.: *Corrupciones. El poder frente a la ética*, ob. cit., pp. 37-41, 44-48.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 37-41.

⁶⁰ RONCAL PLAZA, R.: «La corrupción», en *Revista Electrónica Monografías.com*, disponible en <http://www.monografias.com/trabajos11/corruptol/corruptol.shtml>, pp. 5-7.

encuentran: el *abuso de poder*, que puede ser entendido como el acto por el cual un agente público o privado utiliza el poder de su cargo en perjuicio de una persona, grupo de personas o instituciones, públicas o privadas, que se sitúan en una posición inferior a aquél; la *apropiación de bienes públicos o privados*, sea que pertenezcan a la institución en que el hechor se desempeña o que éste haya tenido acceso a ellos gracias a la función que desempeña el individuo; el *enriquecimiento ilícito*, que se considera como el incremento del patrimonio de un agente, en forma desproporcionada a sus ingresos legítimos o la obtención de mejoras económicas, durante el ejercicio de una función, sin una debida justificación; la *extorsión*, definida como la utilización del poder de que se dispone para presionar a un tercero para obtener un beneficio privado; el *favoritismo*, es decir, la conducta destinada a obtener beneficios para personas cercanas y es efectuada por un agente público o privado, en desmedro de otras personas más idóneas que buscan la obtención de un cargo o de un beneficio; y, por último, el *nepotismo*, que la es conducta que tiende a favorecer a un pariente.

- b) *Actos de corrupción mediada*, denominación que comprende todos aquellos actos en que el beneficio particular del agente corrupto proviene de la actuación de un tercero. Aquí quedan comprendidas: a) la aceptación de ventajas indebidas; b) el tráfico de influencias; c) el soborno; d) el clientismo político, es decir, el pago de los candidatos a sus votantes para conseguir su elección; y e) malas prácticas electorales, que consisten en acciones ilícitas en procesos electorales con el objetivo de modificar los resultados de una elección.
- c) *Abuso de los sistemas de gestión*, que consiste en general en el aprovechamiento de las falencias detectadas en los sistemas de procedimientos en que se halla inserto el individuo. Aquí quedan comprendidos: a) *el manejo indebido de bienes y fondos públicos o privados*; b) *el manejo indebido y el ocultamiento de información*; c) *las negociaciones incompatibles con el cargo o función que se desempeña*; d) *los manejos indebidos de procedimientos públicos*; y e) *el lavado de dinero*.

EL CONCEPTO JURÍDICO DE CORRUPCIÓN

El empleo del término *corrupción* con el sentido que actualmente se le atribuye en el léxico jurídico no se remonta más allá de la década de los años ochenta del siglo pasado, época en que comenzó en los países de nuestro ámbito de cultura la preocupación por las repercusiones sociales, políticas y económicas de este fenómeno y, al mismo tiempo, se centró la atención en el *derecho*, en tanto instrumento apto para la prevención y represión de las conductas que quedan incluidas bajo aquella denominación⁶¹.

Por esto mismo, no debe causar extrañeza que el de *corrupción* sea un concepto prácticamente desconocido entre los códigos del período de la Codificación penal y que aquél sólo haya comenzado a ser utilizado en el plano normativo dentro de los últimos años. En este sentido, la creciente preocupación por este fenómeno motivó, por una parte, la adopción de dos importantes instrumentos internacionales: la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003; y, por otra parte, un extenso proceso de reforma del ordenamiento penal relativo a los delitos vinculados con el ejercicio de la función pública, que en los países iberoamericanos se ha efectuado siguiendo las pautas que contiene la primera de esas convenciones.

Centrándonos en la realidad jurídica chilena, convengamos, primero, en que el ordenamiento jurídico nacional –al igual que el ordenamiento de la mayor parte de los países– no contiene una definición de aquel vocablo y, segundo, que las únicas referencias que hallamos a nivel legislativo, en el ámbito estrictamente penal, son las que contiene la Convención Interamericana contra la Corrupción, actualmente vigente como ley de la República.

De entre los distintos criterios que propone la doctrina en el ámbito de las ciencias sociales, ninguno sirve para los fines de una adecuada aproximación *jurídica* al tema de la corrupción, toda vez que ellos enfatizan ya la dimensión *ética*, representada por el incumplimiento de un deber de corrección; ya la dimensión *económica*, vinculada con el logro de expectativas pecuniarias; ya la dimensión *política*, que enfatiza el abuso de una posición de poder; ya, por último, la dimensión *social*, que destaca la forma que

⁶¹ Cfr. SABINO, C.: «Democracia y corrupción en América Latina», ob. cit., pp. 2-3.

adopta la interacción que da lugar al comportamiento corrupto. El planteamiento inicial obedece a que si revisamos las distintas conductas calificadas como *corruptas* en el plano normativo –por ejemplo, en la Convención Interamericana contra la corrupción– fácil resulta advertir que entre ellas hay acciones que no implican necesariamente abuso de poder, provecho económico, incumplimiento de deberes morales, ni interacción entre dos o más individuos.

En el ámbito jurídico penal, lo que realmente interesa –en atención a los fines que persigue este sector del ordenamiento jurídico– es la protección de los derechos de las personas y el aseguramiento de las condiciones básicas para que éstas se desarrollen en el plano espiritual y material. Para ello el individuo se transforma en destinatario de una serie de prestaciones que implican la actuación de un conjunto de entes cuya actividad se orienta, precisamente, a la satisfacción de aquellas necesidades y que, de acuerdo con una terminología bastante difundida, se denomina como *interés general* o *interés de la colectividad*.

Siguiendo en esta parte, el modelo de análisis que propone CUGAT MAURI, es posible advertir la estrecha relación que existe entre los denominados intereses generales y la corrupción, entendiendo ésta como una desviación de tales intereses. Esta es quizás la concepción más amplia del fenómeno y que permite englobar todas las conductas particulares de corrupción⁶². En este mismo sentido, se pronunciaron los informantes de la Comisión Nacional de Ética –creada en Chile a comienzos de la década pasada–, quienes al respecto señalan: «Hay corrupción cuando un agente público en el ejercicio de sus funciones que le atribuye la legislación vigente y, a través de las mismas, consigue un beneficio privado. En las conductas corruptas hay una desviación de las obligaciones normales que incluye una función pública y la violación de las normas legales que la regulan, con el propósito de satisfacer un interés privado (...)». En este último concepto, llamado funcional por sus propios autores, es posible apreciar la misma idea anterior: el conflicto entre los intereses públicos y privados⁶³.

⁶² CUGAT MAURI, M.: *De la desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Madrid, Cedecs, 1997, pp. 31-57.

⁶³ Cfr. VERA VEGA, J.: *El delito de tráfico de influencias*, Santiago, La Ley, 2004, pp. 34-37.

En virtud de lo antes expuesto, es claro que la determinación del concepto de corrupción presupone delimitación precisa acerca de qué se entiende por *intereses generales* o públicos y por *intereses particulares*. A lo largo de la historia han existido dos tendencias antagónicas que han procurado determinar el sentido y el alcance de los intereses generales, sus límites con los intereses privados y los eventuales conflictos que pueden producirse entre ambos:

Una postura *idealista*, generalmente asociada al iusnaturalismo, traslada el tema de la determinación de los intereses generales al mundo de las ideas, de donde viene precisamente su denominación. Concibe los intereses generales o públicos en un plano deóntico, entendiendo desde esta perspectiva que la corrupción constituye una desviación de lo que debe ser el fin de un Estado.

En cambio, una postura *realista*, asociada al mundo anglosajón y por sobre todo al positivismo jurídico, ofrece una concepción más concreta de los intereses generales. Reconoce que en toda sociedad existen valores de contenido variable, pero tras esos valores ve un interés, que luego de ser reconocido en la norma, pasa a formar parte del espectro de los intereses generales. Evidentemente al reconocer que el interés general se encuentra en la norma misma, dota a este concepto de mayor contenido de certeza. Como el reconocimiento normativo mismo se hará únicamente a nivel constitucional o legal, para esta postura la corrupción constituye una desviación de los intereses y fines reconocidos en la norma a partir de la construcción del *Estado social y democrático de derecho*.

Cualquiera sea la posición que se adopte, forzoso es reconocer que la satisfacción del interés general no es patrimonio exclusivo del Estado, sino también de un conjunto de entidades públicas intermedias creadas para tal efecto, especialmente en el plano local, e incluso de los propios particulares, con mayor énfasis desde que éstos comenzaron a tomar sobre sí un conjunto muy grande de actividades, tradicionalmente reservadas al ente estatal, perfectamente asimilables a la noción de *servicio público*. Siendo así, no debería existir ningún obstáculo para reconocer que la *desviación del interés general* también puede tener lugar en el contexto de prestaciones efectuadas por el sector privado y que tales situaciones también merecen ser encasilladas dentro del concepto jurídico de corrupción.

Así parece reconocerlo el texto de la Convención Interamericana contra la Corrupción, por ejemplo, al disponer que los actos ilícitos por ella

Delimitación del concepto penal de corrupción

regulados pueden ser cometidos, indistintamente, por un funcionario público o por otra *persona que ejerza funciones públicas*⁶⁴; y de forma mucho más explícita la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo artículo 12, contempla una serie de medidas preventivas para combatir este flagelo en el ámbito del sector privado y que en los artículos 21 y 22 define, respectivamente, lo que ese mismo instrumento internacional denomina cohecho y malversación en el ámbito del sector privado.

Sobre la base de estas disposiciones, es claro que el concepto jurídico penal de *corrupción* incluye cualquier acto que implique desviación del interés general en el contexto de una actividad orientada hacia ese objetivo, sea que ella se encuentre jurídicamente a cargo de un ente público o de un organismo privado. Este concepto, que si bien es perfectamente válido desde una perspectiva político-criminal, no lo es desde un punto de vista dogmático, pues el ordenamiento penal vigente en la mayor parte de los países no contempla –hasta ahora– ninguna disposición orientada a garantizar el correcto desempeño de un servicio público por personas que no se hallen investidas de la condición de funcionario público.

⁶⁴ Artículo VI, *Convención Interamericana contra la Corrupción*.

LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA¹

*Tendencias actuales de la política criminal en España.
Una auditoría al CP*

INÉS OLAIZOLA NOGALES

Universidad Pública de Navarra, España

A. FUNDAMENTO DE LA PUNICIÓN

Los delitos contra la Administración Pública, con ésta o con otra rúbrica han sido objeto de la tutela penal desde los primeros códigos². En un momento como el actual en el que se discute constantemente sobre la eficacia y la necesidad del Derecho penal, conviene comenzar esta exposición indicando que está completamente legitimada la intervención penal en este ámbito.

La corrupción no es un fenómeno característico de nuestro tiempo. El efecto corruptor del dinero, del poder y del afán de prestigio es una permanente de la historia, como es consustancial a la condición humana el conflicto de intereses, e inseparable de la organización social la aparición de conductas divergentes de las pautas normativas³.

Se suele decir, para justificar el fenómeno de la corrupción, que determinadas prácticas desviadas o ilegales redundan en una mayor «eficacia» en el funcionamiento de las instituciones. Así, hay corrupciones toleradas en

¹ El presente trabajo se inserta en el proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ-2004/0062-JURI) que lleva por título: «Modernos retos del Derecho Penal: globalización, integración y nuevos riesgos».

² El CP 1822 ya recogía en el Libro II, Título VI *De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*.

³ ASÚA BATARRITA, *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, pp. 15 ss.

sus niveles inferiores e incluso fomentadas. Contra este argumento se puede contestar, en primer lugar, que en el clásico debate entre eficacia y legalidad resulta obvio que no pueden socavarse los fundamentos de una institución para hacerla eficaz y en segundo lugar debe advertirse de que la falta de respuesta adecuada y la concurrencia de mayores «tentaciones» de perversión de lo público en beneficio de ganancias privadas (económicas, de poder o de prestigio) pueden facilitar la extensión de prácticas ilícitas hasta convertirse en endémicas, provocando una deslegitimación institucional⁴.

Lo que varía en función del momento histórico y cultural es la forma de reaccionar ante este fenómeno, y la mayor o menor eficacia en el empeño. Para la prevención de las conductas de corrupción, la primera condición necesaria es la valoración de tales prácticas como un mal social. Únicamente desde un entendimiento del carácter servicial de los poderes públicos desde su obligada orientación a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y de la garantía de sus derechos cabe una reacción congruente y eficaz contra la corrupción⁵. La Administración se convierte en un ente necesitado de protección no por constituir parte de uno de los poderes del Estado, sino por constituir un instrumento necesario, presupuesto de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos en condiciones de igualdad, transparencia, objetividad, etc. Serán por tanto las legítimas expectativas de los ciudadanos las que se vean perjudicadas cuando se altere la función que la Administración debe cumplir en el sistema de organización social dado. La represión de estas conductas corruptas es, desde mi punto de vista, un problema de mentalidad o de conciencia social⁶. Esta idea de la Administración como ente al servicio de los ciudadanos parece que es la que ha querido impregnar los delitos contra la Administración Pública del CP 1995. Así lo indicaría el cambio de rúbrica («Delitos contra la Administración Pública» frente a la de «Delitos de los

⁴ GARCÍA ARÁN, *Crisis*, 1998, pp. 253 ss.

⁵ ASÚA BATARRITA, *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, pp. 16 ss.

⁶ Es ilustrativo el ejemplo propuesto por NIETO GARCÍA, *Desgobierno*, 1984, 122: «A nadie se le ocurre visitar a un juez para ofrecerle dinero a cambio de una sentencia favorable; mientras que muchos buscan afanosamente intermediarios para conseguir una subvención ministerial o un contrato de suministros».

funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», que utilizaba el CP 1944/1973 –si bien este dato, como veremos más adelante, no es fundamental) o la desaparición de algunos tipos, como los de los arts. 372, párrafo primero, 379 y 398 CP 1944/1973, cuyo contenido era más el de meras desobediencias administrativas que el de graves conductas atentatorias contra un bien jurídico importante y por tanto, no se justificaba la intervención del Derecho penal.

Otro argumento que se suele utilizar para limitar la punición de estas conductas es que en este ámbito se recurre al Derecho Penal simbólico. Habrá que analizar los tipos y valorar en cada caso la importancia del bien jurídico protegido. Ahora bien, la permanente denuncia del simbolismo en normas que sancionan la delincuencia de sujetos integrados socialmente y con capacidad para burlar controles pre-penales, corre el riesgo de dejar sin legitimación a la protección penal de intereses colectivos de suma importancia⁷.

El hecho de que determinadas conductas corruptas sean merecedoras de respuesta penal no implica, de ningún modo, que haya que renunciar a los principios básicos del Derecho Penal: principio de intervención mínima, principio de subsidiariedad, principio de fragmentariedad. Será importante, por tanto, la delimitación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal.

B. ANÁLISIS COMPARADO ENTRE EL CP 1994 Y EL CP 1995

1. Cambio de rúbrica

El primer cambio importante con el que nos encontramos cuando se analizan estos delitos es el cambio de rúbrica. El CP 1944/1973 recogía estos delitos en el Título VII del Libro II bajo la rúbrica «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». Esta rúbrica era criticada por la mayoría de la doctrina alegando tres razones. En primer lugar se decía que al no hacer alusión al bien jurídico protegido se podía afirmar que en este título no se protegía un bien jurídico común, sino que se trataba de un título residual donde iban a parar aquellas infracciones

⁷ GARCÍA ARÁN, *Crisis*, 1998, pp. 254 ss.

penales que no tenían encuadre lógico en otros títulos⁸. En segundo lugar, se criticaba esta sistematización, porque se consideraba que si lo que agrupaba a estos preceptos era la condición de funcionario de su autor, no se comprendía por qué, en otros lugares del CP también se recogían otros delitos cometidos por funcionarios públicos y, tampoco, por qué en el título VII se incluían delitos comunes en los que no era precisa la condición de funcionario para ser autor de los mismos⁹, por último, la rúbrica llevaba a algunos autores a afirmar que lo esencial de estos delitos era la propia infracción del deber por parte del funcionario en su relación con el Estado. Algunos autores consideraban esta infracción del deber el bien jurídico protegido¹⁰ y otros, considerando que esta infracción no tenía entidad suficiente para ser considerado bien jurídico, sí consideraban tal infracción el núcleo esencial de estos delitos¹¹.

Ante tales críticas, el CP 1995 opta por una nueva rúbrica: «Delitos contra la Administración Pública», Título XIX, libro II del CP¹². Dicha rúbrica supone una objetivación respecto a la anterior, y en este sentido el cambio es positivo. Sin embargo, a pesar del entusiasmo mostrado por algunos autores¹³, hay que tener en cuenta que las rúbricas de los títulos tienen una importancia relativa en cuanto a la interpretación de los preceptos que la integran. Es decir, esta nueva rúbrica no va a solucionar de manera automática los problemas de delimitación y acotamiento del bien jurídico protegido en los delitos comprendidos en el Título XIX aunque sí que tenga un cierto valor indiciario. De hecho, algún autor ya puso de manifiesto que con este cambio se podía pensar que se ponía el acento en los intereses de la propia Administración que pueden ser diferentes, incluso contrarios, a los intereses generales. Desde la perspectiva de la Adminis-

⁸ RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PE*, 17ª, 1994, pp. 1077 ss.

⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso II*, 1963, p. 549.

¹⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso II*, 1963, pp. 550 ss.

¹¹ RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PE*, 17ª, 1994, pp. 1077 ss.

¹² El cambio de rúbrica fue defendido en la discusión parlamentaria por Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya y por el grupo socialista. Afirmaban que el bien jurídico atacado por estos delitos es el servicio que los poderes públicos han de prestar a la comunidad.

¹³ REBOLLO VARGAS, *LH-Barbero*, vol.2, 1999, pp. 551, ss.

tración lo que importa es que todos los funcionarios obedezcan las órdenes del superior, ya que la disciplina constituye el elemento indispensable para que la máquina burocrática funcione¹⁴. Recientemente también OCTAVIO DE TOLEDO se ha mostrado crítico con el cambio de rúbrica, alegando tres motivos. En primer lugar, entiende este autor que al mencionar el término Administración con mayúscula se excluye el comprenderla como una actividad y se identifica con el conjunto de organismos; en segundo lugar critica el autor el que dentro de esta rúbrica haya delitos que aludan a órganos legislativos y judiciales que difícilmente se pueden considerar Administración Pública. En tercer lugar entiende que un concepto de Administración pública que agrupa a los tres poderes puede acercarse a un concepto fascista-italiano¹⁵.

No obstante, y a pesar de estas críticas yo entiendo que el cambio de rúbrica es positivo, así lo entiende la mayoría de la doctrina¹⁶. Y creo que es positiva porque permite interpretar que se tutela a la Administración para preservar sus funciones y sus cometidos valiosos para la organización social articulada conforme a la Constitución democrática. La Administración se convierte en un ente necesitado de protección no por constituir parte de uno de los poderes del Estado, sino por constituir un instrumento necesario, presupuesto de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos en condiciones de igualdad, transparencia, objetividad, etc. Los titulares de ese bien jurídico son por tanto los ciudadanos, cuyas legítimas expectativas frente a la Administración son las que se ven perjudicadas cuando se altera la función que ésta debe cumplir en el sistema de organización social dado. De esta forma, entiendo que aunque, para que exista delito, es necesario que se produzca la infracción de un deber funcional, esta infracción no será suficiente, sino que tendrá relevancia penal únicamente si afecta a las expectativas legítimas de los ciudadanos en su relación con la Administra-

¹⁴ CASABO RUIZ, *Escritos penales*, 1979, p. 195.

¹⁵ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *LL*, 1996, pp. 1513 ss.; *LL*, 1998, pp. 1514 ss.; *LH-Torío*, 1999, pp. 863 ss.

¹⁶ Así, entre otros, MIR PUIG, *Delitos*, 1996, pp. 303 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, *Delitos*, 1996, pp. 11 ss.; GARCÍA ARÁN, *Crisis*, 1998, pp. 258 ss.; ASUA BATARRITA, *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, pp. 29 ss.; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, p. 79.

ción, sea porque impide u obstaculiza el ejercicio de un derecho concreto, sea porque pone en peligro las posibilidades de acceso y participación en el disfrute de servicios o desarrollo de actividades que las instituciones deben garantizar o, en su caso, promover¹⁷.

La Jurisprudencia en este punto también ha evolucionado positivamente, y se ha pasado de considerar como bien jurídico protegido la infracción del deber de lealtad, honestidad, probidad por parte del funcionario al «correcto funcionamiento de la Administración Pública», entendida como la actuación de la misma conforme a la objetividad, imparcialidad y transparencia exigidas en la Constitución arts. 91, 93 y 103. Así por ej. SSTs 21-12-1999 (A 9436); 5-4-2002 (A 537); 31-5-2002 (A 1015); 5-3-2003 (A331); 16-5-2003 (A704); 22-9-2003 (A 867); 4-12-2003 (A 1658).

A continuación señalaré las principales novedades que se han ido produciendo desde el CP 1944 hasta nuestros días en algunos de los delitos comprendidos en el Título XIX CP.

2. Delito de prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos

a. Prevaricación

El CP 1995 contiene una regulación de la responsabilidad penal de los funcionarios que se separa en aspectos importantes de la situación anterior. En primer lugar se separa la prevaricación administrativa de la prevaricación judicial, regulando ambas de forma diferente. El PCP 1980 y el APCP 1983 introducen el criterio de sistematizar los delitos de funcionarios según la actividad del Estado lesionada. De tal forma que la ordenación en Títulos se hace a partir del objeto protegido en: Delitos contra la Administración Pública (Título XIX); Delitos contra la Administración de Justicia (Título XX); Delitos contra la Constitución (Título XXI).

El art. 404 CP es un delito especial propio y recoge como posibles autores a los funcionarios y autoridades. Esta ampliación a las autoridades se ha producido en todos los delitos especiales del Título XIX, es una

¹⁷ En sentido similar se manifiesta, aludiendo a la faceta interna y externa de la Administración, REBOLLO VARGAS, *LH-Barbero*, vol. 2, 1999, p. 557.

ampliación innecesaria, puesto que conforme al art. 24 CP todas las autoridades son funcionarios, aunque no a la inversa, por lo que con haber mantenido como autores a los funcionarios ya se incluirían las autoridades¹⁸.

El comportamiento típico recogido en el art. 404 mantiene en pie algunas de las discusiones anteriores.

Así, se suprime la prevaricación administrativa imprudente, a diferencia de la prevaricación imprudente judicial, que se mantiene. Esta supresión ha sido aplaudida por algún autor¹⁹, que considera que dicha despenalización responde a una política criminal clara que respeta el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal que aconseja tanto por razones de oportunidad como de gravedad, abandonar a la jurisdicción contenciosa la vigilancia y sanción de las conductas imprudentes. Si prevaricar equivale a «torcer el Derecho», no tuerce el Derecho, quien simplemente se equivoca. La razón por la que se mantiene la prevaricación imprudente en el ámbito judicial se debe a la distinta posición que jueces y magistrados de una parte y funcionarios públicos y autoridades de otra, se hallan en el orden jurídico. Es decir, en el muy distinto grado de vinculación a la Ley y al Derecho que unos y otros tienen.

Esta supresión se critica por OCTAVIO DE TOLEDO, que opina que no puede alegarse el principio de fragmentariedad del Derecho Penal ni considerar una mera equivocación cuando la resolución sea manifiestamente injusta²⁰.

Desde mi punto de vista, y a falta de una reflexión más profunda, la verdad es que me sorprende que en un Título en el que como se irá viendo se protegen conductas claramente alejadas del bien jurídico, se destipifique la conducta imprudente, y además, sorprende también la pena relativamente baja con la que se sanciona la prevaricación dolosa. No quiero decir con

¹⁸ Art. 404 CP: «A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años».

¹⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, *Delitos*, 1996, pp. 13 ss.

²⁰ OCTAVIO DE TOLEDO, *LL* 1996, pp. 1520 ss.

ello que la posición correcta sea la de castigar la prevaricación imprudente o subir la pena de la prevaricación dolosa, sólo pongo de manifiesto que sorprende el delito de prevaricación cuando se compara con otros delitos. Por otro lado, estoy de acuerdo con OCTAVIO DE TOLEDO, en que no se puede clasificar de mera equivocación la resolución «manifiestamente injusta». La imprudencia que genera esta resolución será una imprudencia grave que implicará la infracción de normas elementales de cuidado, es decir, aquellas normas que el hombre menos cuidadoso o diligente hubiera observado.

La conducta típica sigue siendo la de «dictar una resolución», en este caso no injusta, sino arbitraria. Se mantiene la discusión doctrinal y jurisprudencial acerca de si cabe o no la prevaricación omisiva.

OCTAVIO DE TOLEDO defiende la posibilidad de la comisión por omisión en los casos de silencio doloso. Téngase en cuenta que en estos casos el funcionario conoce el asunto, quiere conducirlo a través del silencio y sabe que la resolución presunta que engendra será arbitraria y que, con ello, producirá un considerable retraso del asunto que se trate. El hecho de que en el ámbito judicial se tipifique expresamente la negativa a juzgar y el retardo malicioso, es debido a que en el caso de los jueces no existe la figura del silencio²¹.

En contra se manifiesta GONZÁLEZ CUSSAC que entiende que aunque el silencio positivo posea cierta eficacia temporal y provisional, ello no resulta suficiente para afirmar su naturaleza de resolución. La Ley 30/1992 siempre y en todo caso obliga a la Administración a resolver expresamente, esto es, a dictar una resolución. Esta obligación constata que el verdadero fundamento y función del silencio administrativo no es otra que consagrar la seguridad jurídica e impedir la indefensión del administrado, abriéndole las puertas de la impugnación cuando la Administración permanece inactiva. Pero el silencio, y esto es lo fundamental nunca suple al acto expreso o tácito²².

²¹ OCTAVIO DE TOLEDO, *LL* 1996, p. 1519 s.

²² GONZÁLEZ CUSSAC *Delitos* 1996, pp. 14 ss.; en el mismo sentido, VIRTO LASCURAÍN, *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, pp. 144 ss.

La resolución tiene que ser arbitraria, a diferencia de injusta que establecía el CP 1944. Es doctrina unánime la que considera que el término arbitraria no añade nada importante al término injusta, por lo que me remito a los trabajos que ya existen sobre la definición del término «injusta».

Sólo señalaré que, desde mi punto de vista, el concepto de «arbitraria» debe entenderse conforme a parámetros objetivos. En este sentido es relevante el auto de 23 de julio del 2002 (Ponente BACIGALUPO ZAPATER). Será injusta la resolución cuando la aplicación de la ley no es sostenible en ningún método jurídico de interpretación. El auto indica que el delito de prevaricación se da cuando el juez toma decisiones que no pueden ser derivadas de la ley por ninguno de los métodos de interpretación²³.

Un problema añadido es la introducción en el CP 1995 de una serie de preceptos que constituyen lo que se ha denominado «prevaricaciones específicas» (arts. 320, 322 y 329). En estos tipos se plantean muchos problemas ya puestos de manifiesto por muchos autores en los que no me voy a detener, como por ej., la equiparación de conductas típicas de emitir informes, dictar resoluciones o votar a favor; se alteran las reglas de participación; estas prevaricaciones también provocan importantes problemas de bis in idem y de solapamiento con la normativa administrativa.

La pena del delito de prevaricación administrativa es la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. Se trata de un pena que únicamente se podrá aplicar a quien ostente la condición de funcionario público o autoridad. La cuestión es qué pena se impondrá a quien participe en el delito sin esa condición, es decir, al *extraneus*, que participa, por ejemplo, induciendo al funcionario a prevaricar. Independientemente de que ese sujeto pueda, en algún caso, ser responsable de otros delitos como el cohecho o el tráfico de influencias.

b. Nombramientos ilegales

Brevemente señalaré los cambios más significativos, aunque previamente quiero indicar que los preceptos 405 y 406 que recogen los nombramientos ilegales sancionan conductas que básicamente afectan al funcio-

²³ Ser refiere y comenta este Auto, JAÉN VALLEJO, *ReCPC* 2002.

namiento interno de la Administración y que considero más adecuada su ubicación entre las infracciones administrativas.

Estos preceptos han cambiado su ubicación. En el CP 1944 se incluían junto a otros delitos de «usurpación de atribuciones». Considero como MIR PUIG, que el cambio de ubicación es acertada. El actual delito de usurpación de funciones (art. 402 CP 1995) requiere, igual que el antiguo 320 CP 1944, atribuirse falsamente el carácter oficial correspondiente, lo que apunta a la dimensión pública y externa de la conducta y a su carácter falsario. En cambio, el delito de nombramientos ilegales supone que el nombramiento ha sido real y no exige atribución pública de cualidad alguna²⁴.

Los cambios fundamentales operados en el art. 405 CP han sido la adición del supuesto de «dar posesión» y la introducción de los términos «de su ilegalidad» referidos al «a sabiendas» y el de «ejercicio» en relación a un determinado cargo público.

La redacción del art. 405 zanja la discusión acerca de si el funcionario debía ser competente o no para el nombramiento, al exigir «en el ejercicio de su competencia».

La conducta típica consiste en «proponer, nombrar o dar posesión» para el «ejercicio» de un determinado acto. Conforme a la legislación administrativa no constituye nombramiento la contratación laboral por parte de la Administración. Entiendo que se incluye la posibilidad de realizar la conducta típica cuando el nombrado sea funcionario interino porque se sustituye la expresión de «nombrar para el cargo público», que parecía indicar que se nombraba para otorgar el cargo, por la de «nombrar para el *ejercicio* del cargo público». MIR PUIG se muestra crítico con esta ampliación a los interinos aunque reconoce que conforme a la nueva redacción típica lo lógico parece incluirlos. Según este autor, el nombramiento ilegal de un interino no parece tan grave como la adjudicación definitiva de un cargo. Así, sigue este autor, no es lo mismo conferir con carácter definitivo la condición de Profesor Titular de Universidad a quien no posee el Título de Doctor que nombrar a esta misma persona para el desempeño interino de la plaza. Añade, además, que en ocasiones es precisamente la falta de

²⁴ MIR PUIG, *Delitos*, 1996, pp. 304 ss.

personas que reúnan todos los requisitos necesarios para la obtención definitiva de la plaza lo que lleva a cubrirla con carácter provisional por persona en quien acaso falta algún requisito importante²⁵. Desde mi punto de vista, aunque considero razonable la opinión de MIR, creo que se pueden plantear alguna objeción que puede justificar el cambio de redacción típica. En la definición que el art. 24 CP hace de funcionario público se incluyen claramente los funcionarios interinos, puesto que al Derecho Penal le interesan las conductas de determinados sujetos no por ser funcionarios, sino porque actúan en el ejercicio de una determinada función, la función pública, y pueden, con su actuación, perturbar el correcto funcionamiento de la Administración. Desde este punto de vista, si el nombramiento se realiza a una persona que carece de un requisito básico, necesario para desarrollar correctamente la función pública, será irrelevante si dicho nombramiento es provisional, puesto que durante el tiempo que dure el ejercicio del cargo perturbará el funcionamiento correcto del servicio público que desempeñe. Esto, sin contar que en este país hay interinidades que duran toda una vida. La única diferencia entre un funcionario interino y un funcionario titular, y de ahí que se pueda ver más grave el nombramiento ilegal de este último, estriba en que será más difícil deshacer el nombramiento en este caso, pero este es otro plano de discusión. Lo importante será discriminar qué requisitos son básicos para poder desarrollar el cargo y qué requisitos no. En este sentido, el tipo exige que el nombramiento se realice sin que concurren «los requisitos legalmente establecidos», enlazando con lo anterior, no bastará con la falta de cualquier requisito, sino aquél cuya carencia impide materialmente que la función pública pueda desarrollarse correctamente.

El funcionario tiene que actuar conociendo la ilegalidad del nombramiento.

El CP 1995 introduce en el art. 406 la responsabilidad del particular que acepta el nombramiento.

3. Delito de cohecho

En los delitos de cohecho el CP 1995 introdujo algunas novedades. Las más relevantes son una más clara ordenación y gradación de las con-

²⁵ MIR PUIG, *Delitos*, 1996, pp. 304 ss.

ductas de cohecho pasivo propio; la introducción de una nueva figura de cohecho pasivo, desde mi punto de vista, impropio, el art. 425.1, manteniendo la clásica y menos grave del art. 426; la tipificación del llamado cohecho pasivo subsiguiente; la ruptura de la anterior equiparación en penas del particular al funcionario en el cohecho activo, estableciéndose ahora una pena menor para el particular que se limite a atender las solicitudes del funcionario (art. 423.2 CP); y la introducción de una exención de pena al particular que, en determinados casos y con determinados requisitos, denuncie haber accedido a la solicitud constitutiva de cohecho de una autoridad o funcionario público.

Por otro lado, la LO 3/2000, de 11 enero modificó el CP e introdujo un nuevo Título XIX bis con la rúbrica «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», integrado por único art. 445 bis. Este artículo recoge en términos generales la conducta propia del delito de cohecho activo del art. 423, cuando el particular corrompe, intenta corromper o acepta la solicitud de un funcionario o autoridad extranjera o perteneciente a una organización internacional.

Por lo que se refiere a los delitos de cohecho pasivo propio, actuales arts. 419, 420 y 421, se puede decir que se corresponden con lo arts. 385, 386 y 387 del CP 1944. Las diferencias más sustanciales radican en una mejor gradación de la pena. Así en el art. 419 se establece una pena de prisión de dos a seis años; en el 420 si el acto injusto se ejecuta la pena de prisión será de uno a cuatro años, si no se ejecuta la pena de prisión será de uno a dos años; y en el art. 421 la pena será de multa. En los anteriores arts. 385 la pena era de prisión menor (de seis meses a seis años), igual que en el 386 si el acto llegaba a ejecutarse, si no se ejecutaba la pena era de arresto mayor (de un mes y un día a seis meses) y multa igual que en el art. 387 CP 1944.

Se añade en los delitos de cohecho pasivo propio que la conducta típica, solicitud, aceptación, etc. puede ser «en provecho propio o de un tercero». Con esta fórmula el CP 1995 recoge expresamente la posibilidad de que la dádiva no repercuta en el propio funcionario. Con el CP anterior también se podrá defender esta posición²⁶, pero muchos autores exigían

²⁶ OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 356 pp. ss.

que la dádiva repercutiese, al menos indirectamente en el propio funcionario²⁷. Se pueden plantear problemas respecto a aquellos casos en los que el funcionario solicita o recibe una dádiva que destina a un fin altruista o que lo reinvierte en el propio ente público (ejemplos). Desde mi punto de vista estaríamos ante un supuesto de cohecho pasivo propio de los arts. 419, 420 421, puesto que en estos delitos no se castiga el enriquecimiento del funcionario, sino una forma de actuar. ¿Qué ocurriría si se convirtiese en tónica general el cobro de comisiones para que un ayuntamiento tuviera dinero para actuar y llevar a cabo proyectos públicos? (Una posible solución en estos casos es el error de prohibición).

Es relevante también el cambio de ubicación del delito de cohecho activo que se sitúa justo detrás del cohecho pasivo propio, a diferencia del anterior art. 391 que se situaba detrás del cohecho pasivo impropio. Este cambio de ubicación ha llevado a interpretar que el particular sólo comete delito de cohecho cuando intenta que el funcionario cometa un delito, un acto injusto o se abstenga de realizar un acto que debiera realizar. El particular que ofrece o promete una dádiva al funcionario no deja de ser alguien que trata de convencerle para que delinca. Materialmente su conducta es la de un inductor, pero al elevarle a la categoría de autor, a través del delito de cohecho activo, la responsabilidad del particular es independiente y autónoma de la del funcionario. Desde el punto de vista del principio de fragmentariedad del Derecho penal es justificable que dicha responsabilidad autónoma del particular sólo se castigue en los casos más graves. No obstante, no creo que nada impida castigar en estos casos al particular como partícipe, cuando según los criterios generales su conducta sea la de un partícipe, del delito de cohecho pasivo impropio cometido por el funcionario.

²⁷ VALEIJE ÁLVAREZ, *La corrupción*, 1995, p. 166. Incluso con el cambio de redacción típica algunos autores siguen considerando necesario el beneficio, al menos indirecto, del funcionario. Así, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios PE*, 4ª, 2004, 1622; estos autores entienden que el cambio viene porque con el anterior CP la ventaja debía ser siempre directa y con el nuevo CP la ventaja puede ser también indirecta, pero en todo caso el funcionario debe resultar beneficiado de alguna forma.

RODRÍGUEZ PUERTA, opina, además, que el núcleo del cohecho activo es intentar obtener por parte del particular una determinada ventaja y que esto no se produce cuando el particular busca un acto no prohibido o un acto justo. En estos casos el particular que ofrece la dádiva actúa normalmente por miedo o por error²⁸. Planteamiento discutible. Habrá supuestos en los que el particular intente evitar que el funcionario le perjudique, pero habrá muchos casos en los que el particular busca obtener una ventaja. Pensemos en los supuestos en los que el particular ofrece dinero al funcionario para que le adelante la tramitación de un asunto.

El TS, sin embargo, en Sentencia de 29-4-1998 (A 4858) se manifestó en contra de esta posición alegando que el art. 423. 1 CP describe la acción típica de forma amplia y genérica, al referirse a «corromper» o «Intentar corromper» al funcionario público. Esta circunstancia permite subsumir en el ámbito de este precepto cualquier conducta llevada a cabo por un particular con independencia de cuál sea la naturaleza del acto que se persigue con la oferta o entrega de dádivas.

Otra diferencia en lo que al delito de cohecho activo se refiere es que los particulares que atienden la solicitud del funcionario ven rebajada la pena en un grado. En principio me parece una reforma adecuada, desde mi punto de vista el particular no está en ningún caso en la misma posición frente al bien jurídico ni tiene la misma capacidad de lesionarlo. En el caso del particular que toma la iniciativa, la equiparación de penas podría fundamentarse en que su conducta sería similar a la de un inductor o a la de un cooperador necesario y en este sentido podría fundamentarse la equiparación de penas (aunque hay que tener en cuenta que el inductor y el cooperador necesario no responden exactamente igual que el autor). Sin embargo, el caso del particular que se limita a aceptar la solicitud no es equiparable a un inductor ni a un cooperador necesario y en este sentido puede entenderse que debido a la menor capacidad funcional que el particular tiene respecto al bien jurídico, la pena del particular tiene que ser similar a la del cómplice, que es precisamente lo que establece el 423.2. Algunos autores denunciaban que la equiparación de penas exigía al particular una

²⁸ RODRÍGUEZ PUERTA, *RDPP* 1999, p. 200.

actitud heroica²⁹. No creo que sea esa la razón de la ruptura de la equiparación, piénsese que hay muchos casos en los que el particular acepta la solicitud del funcionario no por temor a que si no acepta, el funcionario resuelva en su contra, sino, porque dicha aceptación le favorece.

Relacionado con este tema el CP 1995 exime de pena al particular que habiendo aceptado la solicitud denuncie estos hechos antes de que se abra el procedimiento y en todo caso no más tarde de los diez días siguientes a la comisión de los hechos. (art. 427 CP). Este precepto se fundamenta en razones de política criminal. Lo que se busca con él es fomentar las denuncias por delito de cohecho. Lo que le interesa al sistema es que la Administración funcione conforme a principios de imparcialidad, legalidad y objetividad. Para ello es imprescindible descubrir a aquellos funcionarios que puedan perturbar desde dentro ese correcto funcionamiento. Los funcionarios son los que tienen mayor capacidad funcional de lesionar el bien jurídico y los que tienen mayor posibilidad de que estas conductas se repitan³⁰.

Desde luego, la reforma más importante ha sido la introducción de un nuevo art. 425.1 en el CP 1995. Debo anticipar que es uno de los peores ejemplos de técnica legislativa y así lo ha reconocido la doctrina unánimemente. También se debe indicar que este precepto no ha sido aplicado por los tribunales.

La primera impresión al ver el nuevo precepto es la de que el legislador ha querido subsanar la laguna que se planteaba en el antiguo art. 390 CP 1944, actual art. 426 CP 1995, al no recoger aquellos casos en los que

²⁹ RODRÍGUEZ DEvesa, *NEJ* VI, 1954, 364; BACIGALUPO ZAPATER, *DJ* 37/40, 1983, vol. 1, p. 390.

³⁰ Entiende MUÑOZ CONDE, *PE*, 15ª, 2004, 1013, que este precepto puede dejar impune al gran corruptor (empresario importante, o a intermediarios profesionales, etc.) que puede utilizarlo cuando le convenga o como venganza contra el funcionario que le pide más de la cuenta o cuyo apoyo ya no le interesa, o simplemente como una forma de evadir su responsabilidad cuando vea que el hecho va a ser descubierto. Es verdad lo que dice este autor, por ello, considero especialmente importante aplicar este precepto únicamente cuando se cumplan escrupulosamente los requisitos exigidos por el art. 427 CP. Por otro lado, el hecho de que existan esos «grandes corruptores» no deja de ser consecuencia de una mala práctica de la Administración.

era el propio funcionario el que solicitaba la dádiva o bien aceptaba el ofrecimiento o promesa. Esto llevaría a interpretar como sinónimos «Actos propios del cargo» y «actos no prohibidos legalmente». Sin embargo, no cabe esta interpretación por una razón penológica, puesto que supondría penar más gravemente la aceptación del ofrecimiento o promesa (art. 425.1) que la efectiva recepción de la dádiva (art. 426), y esto carece de sentido.

El problema consistirá en deslindar «acto propio del cargo» y «acto no prohibido legalmente». La mayoría de los autores que se han planteado la cuestión, parten de que estamos ante dos modelos de cohecho pasivo impropio, es decir ante actos no injustos o delictivos.

- DÍAZ Y GARCÍA entiende que actos no prohibidos legalmente serían actos lícitos no propios de la esfera de competencias del funcionario, pero relacionados de alguna manera con su trabajo (por ejemplo la agilización o tramitación de un papel en otra dependencia del Ministerio donde trabaja el funcionario, dependencia a la que el funcionario tiene acceso por su condición pero no forma, la tramitación de dicho papel, parte de su cargo). Los actos del art. 425.1 serían los actos justos propios del cargo del funcionario³¹.
- ORTIS BERENGUER/VALEIJE ÁLVAREZ opinan que la diferencia debe verse en la distinta entidad o importancia del acto. Actos no prohibidos legalmente serán aquellos actos «manuales» que auxilian y apoyan el ejercicio de las funciones propias del organismo administrativo (dar preferencia a un expediente, acelerar el pago de una pensión, conceder una excedencia o un permiso a tiempo, etc.)³².
- MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA incluyen en el art. 425 los actos discrecionales y los supuestos en los que el funcionario considera erróneamente que su acto era justo cuando en realidad era injusto. En el art. 426 se incluyen los actos reglados³³.

³¹ DÍAZ y GARCÍA CONILLO, *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 166.

³² ORTIS BERENGUER/VALEIJE ÁLVAREZ, *Comentarios*, 1996, 1840.

³³ Morales Prats/Rodríguez Puerta, *Comentarios PE*, 4ª, 2004, pp. 1641 ss. En el debate que siguió a la exposición de este trabajo CARDENAL MONTRAVETA argumen-

Argumentan esta posición entendiendo que cuando el objeto del cohecho es un acto discrecional, el respeto del principio de imparcialidad queda cuestionado, pues el funcionario se sitúa en una posición parcial respecto a su futura decisión, con independencia de que ésta finalmente se vea o no afectada por la dádiva. De esta forma, el delito menos grave tipificado en el art. 426 quedaría reservado a los supuestos en los que el acuerdo entre funcionario o particular tuviera por objeto un acto de naturaleza reglada conforme a derecho. Congruentemente con la menor gravedad que presenta este segundo grupo de supuestos, por lo menos desde la perspectiva del respeto del principio de imparcialidad, las conductas deberán subsumirse típicamente en el delito menos grave, esto es, el contemplado por el art. 426 CP.

- CASTRO MORENO ha planteado recientemente una tesis completamente diferente a las anteriores³⁴. Parte de que el art. 425. 1 no recoge sólo actos justos, sino también actos injustos. En primer lugar, alega este autor, un fundamento sistemático. En este sentido, plantea la cuestión de dónde incluir el cohecho subsiguiente cuando se trata de actos injustos no delictivos. El art. 425.2 recoge el cohecho subsiguiente delictivo, la mayoría de la doctrina contempla el cohecho subsiguiente por actos justos en el art. 425.1 CP. La única solución satisfactoria a esta cuestión es admitir que el acto al que se refiere esta modalidad de cohecho subsiguiente del art. 425.1 puede ser tanto lícito como ilícito. El problema que se plantea en esta primera tesis del autor, y él mismo lo reconoce, es que se castigaría con igual pena el cohecho subsiguiente para actos lícitos e ilícitos, pero opina el autor que se trata de un mal menor. Por otro lado, el tipo no restringe la clase de actos como se ha hecho en el resto de las modalidades de cohecho. En segundo lugar, realizando un retroceso en el propio art. 425.1. La naturaleza del «acto propio del cargo» debe ser

taba a favor de esta tesis indicando que el ciudadano se ve más indefenso ante los actos discrecionales del funcionario que ante los actos reglados. Le contestó DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO diciendo que esta tesis no tiene apoyo en la literalidad de los tipos penales.

³⁴ CASTRO MORENO, *AP* 2002, pp. 36 ss.

la misma que la del acto recompensado de la segunda modalidad del art. 425.1 CP. Ello se deduce del propio tenor literal del precepto. El acto propio del cargo podrá ser tanto lícito como ilícito. Ello plantea un nuevo problema, esto es, la delimitación entre el art. 425.1 y el art. 420. Para este autor la diferencia radica en la existencia o no de ánimo de lucro en la actuación del autor y se apoya para ello en la expresión «en provecho propio o de un tercero» que exige el art. 420 CP. De manera que cuando el autor realiza el delito de cohecho, pero la dádiva la utiliza para revertirla en la propia Administración o para un fin altruista la conducta se calificará conforme al art. 425.1. Opina el autor, que si se considera que en el art. 425.1 no caben los actos ilícitos las anteriores conductas serán impunes. Ya he expuesto más arriba que en el delito de cohecho no se castiga el enriquecimiento del autor y que, desde mi punto de vista es indiferente que la ventaja beneficie o no al funcionario. No obstante el autor entiende que, aclarado lo anterior, falta por delimitar el art. 425.1 del art. 426, puesto que en el 425.1 encajarían los actos lícitos e ilícitos. Entiende que caben los actos lícitos porque si se restringiera la aplicación del art. 425.1 a los actos ilícitos se estaría declarando la atipicidad de las conductas de cohecho pasivo consistentes en solicitar. Para este autor la diferencia entre el 425.1 y el 426 está, de forma similar a lo que defendía DÍAZ Y GARCÍA en que el acto del art. 425.1 sería un acto propio de su cargo, y en el 426 se recogerían actos no propios del cargo. Así se explicaría la diferencia de pena, el que en el 426 no se establezca pena de inhabilitación ni de suspensión, que la inclusión de actos ajenos al cargo es más acorde con la segunda modalidad del art. 426 «en consideración a su función», así como con los diferentes verbos utilizados en los tipos, así en el art. 426 se utiliza «para conseguir» un acto.

Desde luego debo decir que la tesis de CASTRO es sumamente sugerente, aunque desde mi punto de vista si se aceptara que en el art. 425.1 encajan los actos ilícitos considero que podría ser más conveniente excluir los actos lícitos y considerar que todos los actos lícitos se incluyen en el art. 426. De esta forma no haría falta extender este precepto a actos que no fueran propios del cargo del funcionario. No entiendo por qué si en los

casos más graves (actos injustos o delictivos) se reconoce como delito de cohecho sólo aquellos casos en los que dichos actos forman parte del cargo, se debe extender la tipicidad a actos no propios del cargo, precisamente, en los casos menos graves. Téngase en cuenta que lo que se protege en el delito de cohecho es el correcto funcionamiento de la Administración y este bien jurídico se pone en peligro cuando el funcionario actúa como tal funcionario, es decir, dentro del ámbito de sus funciones. El hecho de que de esta forma no se sancionara la solicitud por parte del funcionario, sino únicamente la recepción de la dádiva se podría interpretar en el sentido de que el legislador en estos casos no ha querido adelantar las barreras de protección penal.

El problema que sigo viendo a esta tesis de CASTRO es que no veo claro que el art. 420 no tipifique aquellas conductas en las que el beneficio revierte en la propia Administración. Desde un punto de vista sistemático los distintos delitos de cohecho y sus diferentes penas han venido siempre caracterizados por el carácter delictivo, injusto o justo del acto. Téngase en cuenta que el art. 420 no exige propiamente «ánimo de lucro» como afirma CASTRO, precisamente cuando el CP quiere exigir «ánimo de lucro» lo dice expresamente. El art. 420 exige provecho propio o de tercero. Cuando la dádiva revierte en la propia Administración o en un fin altruista revierte, desde mi punto de vista, en provecho de un tercero.

Yo soy más partidaria de la tesis de MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA. Aun reconociendo que no se deduce del tenor literal de los preceptos la diferencia entre actos justos discrecionales y actos justos reglados, creo que esta interpretación es la que mejor encaja en el sentido de los delitos de cohecho. La diferencia de pena indica que la conducta recogida en el art. 425 es más grave que la del art. 426. Los delitos de cohecho llevan aparejada una frustración de los ciudadanos que ven que la Administración no se rige por criterios de objetividad, sino por intereses particulares. Esta frustración lleva a una pérdida de confianza en la institución, confianza que es requisito necesario para que la Administración funcione. Yo creo que dicha frustración es mayor cuando el funcionario realiza un acto discrecional motivado por la dádiva que cuando realiza un acto reglado. En el primer caso, el funcionario puede realizar el acto o no, o puede decidir de una forma u otra, ambas justas. Y decide de una forma concreta, precisamente porque ha recibido la dádiva. En cambio, cuando se trata de un acto reglado el funcionario está obligado a actuar de una

forma determinada. Puede actuar más rápido o puede poner mayor diligencia en la resolución, pero la decisión no cambiará motivada por la dádiva.

Pongamos dos ejemplos, uno de acto discrecional y otro de acto reglado.

Acto discrecional: el funcionario es el competente para decidir la adjudicación de una contrata. Se presentan dos empresas, ambas cumplen los requisitos para ser adjudicatarias de la obra. Una de ellas paga la comisión solicitada por el funcionario y recibe la adjudicación. Efectivamente podía, teóricamente, haberla recibido igual sin comisión, porque cumplía los requisitos para ello, pero la decisión del funcionario viene motivada por la dádiva y la decisión depende de ella. Sin comisión no hay adjudicación.

Acto reglado: el funcionario agiliza los trámites para el pago de una pensión de viudedad a cambio de una dádiva. La diferencia con el caso anterior es que la decisión del funcionario no viene motivada por la dádiva. Es decir, la persona recibirá igualmente y con seguridad la pensión, pague o no la dádiva.

Este argumento puede reforzarse con la opinión expresada por CARDENAL MONTRAVETA, acerca de que la sensación de seguridad del ciudadano ante un acto reglado y su posibilidad de defensa es mayor que ante un acto discrecional³⁵

La diferencia que establece DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO se aleja del bien jurídico protegido. El delito de cohecho trata de evitar que se perturben las condiciones básicas de funcionamiento necesarias para que la Administración pueda prestar un correcto servicio a los ciudadanos, ello sólo puede ocurrir cuando el funcionario actúa como tal funcionario, es decir, dentro de su esfera de competencias, o lo que es lo mismo en el ejercicio de su cargo. Además, como ya he expuesto más arriba, carece de sentido que en los casos más graves de cohecho sólo se sancionen las contraprestaciones por actos que forman parte del cargo del funcionario y en los casos menos graves, en el cohecho impropio, se sancionen también las contraprestaciones por actos que no son propios del cargo.

³⁵ Opinión expresada en el debate que siguió a la exposición de este trabajo.

En cuanto a la tesis defendida por ORTS BERENGUER/VALEIJE ÁLVAREZ me parece difícil discriminar los comportamientos que ellos consideran manuales (art. 426 CP) de aquellos que no lo son (art. 425). Así citan como ejemplos de comportamientos manuales la concesión de una excedencia o de un permiso, acelerar el pago de una pensión, etc. No acabo de ver claro qué actos quedarían incluidos en el art. 425 CP.

4. Delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales

La LO 3/2000, de 11 de enero modificó el CP e introdujo un nuevo Título XIX bis, integrado por el art. 445 bis (léerlo). La LO 15/2003 ha reenumerado este precepto incluyéndolo en el capítulo X del Título XIX y con el número 445.

En la Exposición de Motivos de la LO 3/2000 se justifica la introducción de este nuevo Título por la necesidad de incluir los convenios de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales firmado el 17-12-1997.

El fundamento de esta nueva legislación radica en el proceso de globalización que implica una internacionalización de las prácticas comerciales y del fenómeno de la corrupción. Las empresas que operan en ámbitos transaccionales inmersas en el mercado global no dudan en dedicarse a actividades corruptas como una forma de eliminar a sus competidores y obtener así una parcela de beneficios que de otra manera no obtendrían. La corrupción como arma mercantil se convierte de ese modo en una cuestión de toma de decisión racional que es adoptada, planeada y ejecutada por empresarios con la complicitad de funcionarios públicos.

El fenómeno no es exclusivo de algunos países. Los cauces que favorecen la corrupción son múltiples: reglamentos proteccionistas que el empresario trata de evitar; necesidad de obtener permisos, autorizaciones, licencias, etc.; obligación de contratar por intermediación de corredores cuya finalidad se reduce muy a menudo a obtener la gratificación obligatoria, entre otros.

Hoy se reconoce la corrupción como uno de los mayores obstáculos para el desarrollo. La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción se firmó en Mérida (México) en Diciembre del 2003. Esta Convención fue el resultado de tres años de esfuerzo por parte de 129 países y

reflejó un consenso global sobre la necesidad de crear un sistema legal internacional para combatir la corrupción.

El art. 445 CP incorpora a nuestro CP un delito de cohecho activo en el que el particular corrompe o intenta corromper a un funcionario extranjero o de un organismo internacional. El fin que persigue el autor es doble: por un lado, puede ser el fin concreto de conseguir o conservar un contrato, por otro lado puede ser un fin más genérico como es el de conseguir o conservar otro beneficio.

La consecución o conservación del contrato u otro beneficio irregular debe entrar dentro de la esfera de competencias del funcionario.

Se puede cuestionar si el contrato que el particular persigue o el beneficio deben ser ilícitos. Considero que la respuesta debe ser afirmativa. En primer lugar por el propio calificativo «irregular» que creo que afecta no sólo al beneficio, sino también al contrato. En segundo lugar, porque como ya he manifestado anteriormente se trata de un delito de cohecho activo, incluso se remite a la pena del art. 423, y en este sentido debe considerarse reverso del cohecho pasivo propio.

La corrupción se materializa a través de dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas. A pesar de que el Convenio de la OCDE hace referencia a cualquier beneficio indebido para el funcionario, económico o de otra clase, el CP ha optado por utilizar la misma terminología que utiliza en los diferentes tipos de cohecho, y en este sentido considero que el beneficio debe tener carácter económico³⁶.

El beneficio puede ser para el funcionario o para un tercero.

Autor puede ser cualquiera y puede actuar a través de una persona intermediaria (frecuente en los casos de corrupción internacional).

Respecto a la responsabilidad penal del funcionario corrupto, entiendo que no podrá responder como autor del delito de cohecho pasivo de los recogidos en los arts. 419 ss. Si se considerase que dichos funcionarios encajan dentro del concepto de funcionario del art. 24, el art. 445 sobraría,

³⁶ OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, pp. 322 ss. En dicha monografía expongo las razones por las que considero que en el Derecho Penal español el delito de cohecho se restringe a dádivas, etc. de contenido económico.

puesto que la conducta tipificada sería perfectamente subsumible en el art. 423. Entiendo que el art. 24 recoge como funcionario a aquellos sujetos que ejercen funciones públicas dentro del organigrama de la Administración española. Al CP español «no le interesan» las posibles conductas delictivas que realicen funcionarios extranjeros. Otro dato que refuerza esta idea es la imposibilidad de aplicar a estos autores la exención del art. 427, exención que se fundamenta, como ya hemos visto en el interés del Estado en descubrir a sus funcionarios corruptos.

¿Posible responsabilidad de estos funcionarios como partícipes?

¿Problemas de territorialidad cuando los particulares actúan en el extranjero? Se deberá analizar cada caso concreto y ver si se puede aplicar el principio personal del art. 23, 2 LOPJ, deberá tenerse en cuenta si el hecho es delito en el lugar de ejecución, o también puede valorarse la posible aplicación del art. 23, 3 h) LOPJ por tratarse de una delito contra la Administración Pública.

La reforma introducida por LO 15/2003 añade en un segundo párrafo del art. 445 la posibilidad de aplicar, si el culpable perteneciera a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicara a la realización de estas actividades, alguna o algunas de las consecuencias previstas en el art. 129 CP.

5. Delito de tráfico de influencias

En 1991 se produce, mediante LO 9/1991, de 22 de marzo, una reforma importante del CP, fruto de la cual se introduce en el CP en el Título VII «Delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos» un nuevo capítulo XIII, con la rúbrica «Del tráfico de influencias», que comprendía los arts. 404 bis a), 404 bis b) y 404 bis c). Llamó la atención de esa reforma el que no se introdujeran esos delitos dentro del capítulo destinado al delito de cohecho. La única regulación expresa de este delito en nuestra legislación había sido en el CP 1928, como una modalidad del delito de cohecho, y así se ubicaba también tanto en el PCP 1980 como en el APCP 1983. Así era entendido también por los autores de estas épocas³⁷.

³⁷ CASA BARQUERO, *LH-Fernández Albor*, 1989, p. 170.

El CP 1995 no modifica sustancialmente en sus arts. 428, 429 y 430 los delitos de tráfico de influencias introducido en 1991. Las principales novedades radican en la no exigencia ni de resolución, ni de producción efectiva de un beneficio económico en los tipos de influencia sobre funcionario público o autoridad, que de darse agrava la pena; la previsión del decomiso de dádivas, presentes o regalos, antes sólo previsto para el delito de cohecho; y el endurecimiento de las penas con las que se conminan las conductas típicas.

Ya me he manifestado en otras ocasiones sobre la innecesariedad de estos preceptos. Creo que estos tipos plantean más problemas que los que resuelven³⁸.

Los arts. 428 y 429 CP tipifican la influencia en el proceso motivador de un funcionario que tiene capacidad para dictar una resolución. Se ha dicho por parte de la doctrina que dicha resolución puede ser justa o injusta, puesto que el CP no diferencia³⁹. Recientemente algún autor se ha manifestado en contra de esta posibilidad exigiendo que la resolución debe ser injusta, porque es la única manera de dotar de contenido material a estos preceptos⁴⁰. Desde mi punto de vista, creo que tiene razón este autor, sobre todo si comparamos este delito con los delitos de cohecho (en los que hemos dicho que no se castiga como cohecho activo los casos en los que se requiere al funcionario para la obtención de un acto justo), el delito de prevaricación (art. 404) que se castiga con pena de inhabilitación. No tiene sentido que se castigue al funcionario que dicta la resolución arbitraria con pena de inhabilitación y se castigue al que influye en un funcionario para conseguir una resolución justa (sin que haga falta que se llegue a dictar) con pena de prisión más la de inhabilitación.

Los arts. 428 y 429 CP tienen la misma estructura: prevén un tipo básico y a continuación otro agravado. Se diferencian en el autor del delito.

En el art. 429 será autor aquel sujeto que tenga una previa relación personal con el funcionario que le permita influir sobre él.

³⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONILLO/OLAIZOLA NOGALES, *AJA* 1995, 4.

³⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONILLO, *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, 172 ss.; MUÑOZ CONDE, *PE*, 15ª, 2004, pp. 1028 ss.

⁴⁰ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, *LL* 1998, p. 1520.

Como conducta típica se establece la de influir con el fin de obtener una resolución que genere un beneficio económico. Los actos de influencia han de tener capacidad de subordinar al funcionario. Así se distinguen de las meras recomendaciones propias de las infracciones administrativas⁴¹.

En cuanto a la responsabilidad del funcionario influido parece que sólo podrá responder por el posible delito de prevaricación cometido. En principio pareciera que los actos del 428 y 429 serían inducciones a la prevaricación y que si ésta se produce aquellos quedarían consumidos por ésta. Considero que no puede entenderse así por la diferencia de pena.

En el art. 430 CP se recoge «el ofrecimiento para ejercer influencia». Desde luego el art. 430 CP 1995 supone una clara mejora respecto al anterior 404 bis c), ejemplo de pésima legislación por su vaguedad e indeterminación. En el art. 430 CP 1995 se concreta la conducta pues ya no se trata de ofrecer cualquier tipo de influencias, sino de ofrecerse a realizar las conductas de tráfico de influencias precisamente de los arts. 428 y 429 CP. No obstante subsisten algunas de las críticas del CP anterior. Estamos ante un acto preparatorio de los delitos anteriores y ello contrasta con la decisión legislativa del CP 1995 que castiga únicamente los actos preparatorios en supuestos excepcionales⁴².

Se plantea la cuestión de si el autor que se ofrece a ejercer influencias debe poseer o no la capacidad de influir que ofrece. En principio se responde que sí, porque en otro caso se trataría de un delito de estafa⁴³. Parece lógica esta respuesta, pero quiero dejar constancia que si se analizan los antecedentes de este delito (art. 476 CP 1928, así como el art. 407 APCP 1983) se comprueba que la conducta típica recogida allí era la del sujeto que aparentando crédito, influencia o relaciones cerca de los funcionarios públicos, recibieren o se hicieren prometer dinero u otras cosas como recompensa de la mediación o resolución favorable de un asunto que de ellos dependa. Por otro lado antes de la reforma de 1991 el CP 1944 sólo

⁴¹ Por todos, MUÑOZ CONDE, *PE*, 15ª, 2004, p. 1029.

⁴² DÍAZ Y GARCÍA CONILLO, *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 175.

⁴³ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, *LL* 1998, p. 1522.

sancionaba estas conductas de modo accidental con ocasión de la configuración de un tipo agravado de estafa. Se agravaba el delito de estafa cuando «la defraudación se produzca con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos. Era necesario que las influencias fueran aparentes, dándose incluso la circunstancia de que si las influencias fueran reales la conducta quedaría impune.

El delito de tráfico de influencias plantea más problemas de los que resuelve. Prueba de ello es la escasez de Sentencias en las que se aprecia dicho delito (SSTS 29-1-1997 A 31; 4-2-1997 A 157; 10-3-1997 A 1534; 8-3-1998 A 1637; 15-2-2000 A 184; 19-7-2001 A 1335; 5-4-2002 A 537; 4-12-2003 A 1658; 11-10 2004 A 1076).

6. Delito de malversación

El nuevo CP 1995 ha introducido algunas modificaciones de importancia en la regulación de los delitos de malversación (arts. 432-435 CP 1995).

En primer lugar se reducen considerablemente las penas y además en el art. 432 CP 1995 se ha sustituido la determinación de la pena mediante el sistema de cuantías por unas causas de agravación referidas a la importancia o naturaleza del objeto material del delito. Creo que es una reforma adecuada. En primer lugar la reducción de penas era absolutamente necesaria porque la pena conforme al art. 394 CP 1944 podía llegar hasta 20 años de prisión, pero incluso la pena básica iba de 6 a 12 años de prisión. Pero además la eliminación del sistema de cuantías por agravaciones más genéricas vinculadas al daño público encaja mejor con la especial naturaleza del patrimonio público, en cuanto que se halla esencial e intrínsecamente destinado al cumplimiento de fines de interés general.

Otras reformas que ha traído el CP 1995 son las siguientes:

- Supresión de la malversación omisiva imprudente art. 395 CP 1944, infracción inexcusable del deber de vigilancia que permitiera que otro sustrajera caudales públicos.
- Supresión del art. 397 CP 1944, destinar fondos públicos a fines públicos distintos a los presupuestados. La supresión total de este precepto es desacertada. Desde mi punto de vista se deberían haber dejado aquellos casos en los que ese desvío de fondos suponga un grave perjuicio al interés general. Así por ejemplo,

es discutible si es merecedora de pena o no la conducta consistente en utilizar los fondos destinados a la construcción de una escuela, a la publicidad del equipo de fútbol de la localidad⁴⁴.

- Supresión del art. 398 CP 1944, no realización de un pago como tenedor de fondos del Estado y la negativa del funcionario a hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración. Supresión acertada, puesto que se trataba de meras desobediencias⁴⁵.

Además de las anteriores supresiones hay dos reformas importantes que merece la pena destacar. La introducción de un nuevo precepto el art. 434 CP, pésimo ejemplo de técnica legislativa, y la exigencia de «ánimo de lucro» en el art. 432 y en el 434 CP, no así en el art. 433 CP.

El art. 434 CP es uno de esos preceptos con nombre y apellidos, concretamente Juan Guerra. La doctrina ha intentado diferenciar este precepto de los otros dos clásicos el art. 432 y el art. 433.

Una primera interpretación defendida por POLAINO NAVARRETE es aquella que entiende que el 434 sanciona el destinar a usos privados fondos públicos y el 433 sancionaría el destino a usos públicos distintos (igual que el art. 397 CP 1944)⁴⁶. Se trata de una tesis criticable. Como ha manifestado DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, si el CP hubiera querido mantener el anterior art. 397 no habría cambiado la redacción de esta forma y, segundo lugar, porque en el art. 433 no se exige grave daño para la causa pública y en el art. 434 sí⁴⁷.

Otra posición, representada por MORALES GARCÍA reinterpreta la distinción entre el 432 y el 433⁴⁸. Entiende este autor que ambos preceptos suponen una expropiación de los caudales y distinguiendo uno del otro en que en el 433 el sujeto no asume el rol de propietario. El 434 contiene el

⁴⁴ En este sentido, ETXEBARRÍA ZARRABETIA, *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, 181; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Barbero Santos*, vol. 2, 1999, pp. 85 ss.

⁴⁵ En el mismo sentido, ETXEBARRÍA ZARRABETIA, *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 181 s.

⁴⁶ POLAINO NAVARRETE, *PE II*, 1997, p. 410.

⁴⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Barbero Santos*, vol. 2, p. 86 s.

⁴⁸ MORALES GARCÍA, *Malversación*, 1999, pp. 237 ss.

momento positivo (asunción de rol de propietario) sin la expropiación. Este autor identifica «destinar a usos ajenos a la función pública» del art. 433 CP con «decidir por intereses distintos a los que deben regir en la actuación administrativa y privados». De esta forma el 432 y el 433 tendrían idéntica gravedad y sólo la reparación mediante el reintegro del daño producido por la expropiación produciría la menor pena del art. 433 CP. Entiende DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que si la ley considera que lo decisivo para la diferenciación es la existencia o no de expropiación ha utilizado un expediente demasiado alambicado definiendo de forma tan distinta y en diferentes artículos dos conductas de idéntico resultado y gravedad que sólo se diferenciarían en el modo de realización de la expropiación (arts. 432 y 433 CP)⁴⁹

Otros autores ven la diferencia en que el art. 434 no exige esa vinculación especial entre el autor y los caudales. Pero entonces, ¿por qué tiene más pena el art. 434 que el art. 433 donde sí se exige esa vinculación?

ORTS indica que la diferencia entre el art. 433 y el art. 434 es que en este último la aplicación privada de los bienes tendría un carácter más duradero, y que además los bienes no saldrían del ámbito de la Administración, de ahí su no necesidad de reintegro. Se muestra crítico con esta tesis DÍAZ Y GARCÍA que indica que el reintegro en el art. 433 puede ser también al cabo de mucho tiempo.

Otras posiciones son partidarias de diferenciar ambos preceptos en virtud del objeto material. Así se dice que en art. 433 sólo se entendería el dinero como objeto. Esto lleva a un importante caos en la pena.

Según DÍAZ Y GARCÍA, y creo que por aquí debe ir la diferenciación, la clave está en que mientras en el art. 434 se exige grave perjuicio para la causa pública, en el art. 433 no se exige, entendiendo por grave perjuicio aquel que va más allá del puramente económico o patrimonial, es decir el daño funcional, aunque no el daño a la imagen, buen nombre, etc.

Otra posible diferencia podría estar la diferencia en el ánimo de lucro. Entendiendo que el uso del que habla el art. 434 produce un enriqueci-

⁴⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Barbero Santos*, vol. 2, 1999, p. 92. Este autor hace una exposición crítica muy detallada a la tesis de MORALES GARCÍA, pp. 93 ss.

miento patrimonial, en tanto que el uso del que habla el art. 433 (una especie de hurto de uso).

La mala técnica legislativa pone de manifiesto las dificultades enormes de interpretación de los preceptos, que hace por otro lado que sean absolutamente inaplicables. Hasta el día de hoy no he encontrado ninguna sentencia que haya aplicado el art. 434 CP.

La otra reforma importante en los delitos de malversación es la exigencia de ánimo de lucro en los arts. 432 y 434. La mayoría de los autores entienden que en el art. 432 debe entenderse ese ánimo de lucro en el sentido de ánimo de apropiación definitiva. Es importante tener en cuenta que a partir de la exigencia del ánimo de lucro, no cualquier conducta de apropiación será típica, sino sólo aquellas que implican una ventaja patrimonial. En este sentido son interesantes las reflexiones de ROCA AGAPITO⁵⁰ en torno a que, por ejemplo, podrían considerarse atípicas las conductas de un depositario de su propio coche, embargado por la autoridad judicial, que lo incendia para no entregárselo a su deudor.

7. Delito de fraudes y exacciones ilegales

Arts. 436-438 CP. No son importantes las reformas que se producen en estos preceptos respecto del CP anterior, pero me interesa destacar que se mantienen importantes superposiciones entre estos preceptos y los que se acaban de analizar.

El art. 436 CP (Fraudes) establece como elementos típicos los siguientes:

El autor del delito será el funcionario o autoridad pública (art. 24 CP) que interviene por razón de su cargo en actos de modalidades de contratación o en liquidación de efectos o haberes públicos. El funcionario debe actuar dentro de su cargo, de manera que si el funcionario actúa fuera de sus competencias como un particular más, no estaremos ante este delito, sino normalmente ante una estafa. Como veremos después, una de las conductas típicas recogidas en este delito exige la participación necesaria de otro sujeto «concertarse», y veremos cómo puede responder este otro sujeto.

⁵⁰ ROCA AGAPITO, *LH-Valle Muñiz*, 2001, pp. 1721 ss.

La conducta típica viene definida con el verbo se concertare con los interesados o usare de cualquier otro artificio.

El concierto equivale al acuerdo entre el funcionario y el interesado, es decir, a una conjunción de voluntades o pacto. Un concierto que obviamente no es preciso que sea formalizado, pero sí que sea fraudulento, que sirva para engañar o defraudar a la Administración, causándole un perjuicio en su patrimonio. Nos encontramos frente a un delito de participación necesaria, en el que preceptivamente deben intervenir dos sujetos, llevando a cabo cada uno de ellos una conducta distinta, pero tendente a la obtención de una misma finalidad, en este caso defraudar a cualquier ente público.

A la hora de ver cómo se puede castigar la conducta del particular que se concierta se plantean dos posibles alternativas: se podría castigar dicha conducta como cooperación necesaria, en el sentido de que el delito no se consuma si no se produce el pacto. O bien la conducta podría constituir un delito de tráfico de influencias. En este segundo sentido se manifiesta la STS de 8-3-1999 (A 2397). En el supuesto de hecho el funcionario se concierta con el propietario de una finca para comprarla en nombre del ayuntamiento por un precio superior al real. El particular es castigado por tráfico de influencias por entender que se trata de un particular que influye en un funcionario público para conseguir resolución por precio superior al real. En este caso puede sancionarse así, pero no siempre se cumplirán los requisitos del delito de tráfico de influencias.

En segundo lugar, el CP emplea una cláusula abierta para referirse a otras posibles modalidades de acción que no consistan directamente en una concertación de voluntades; así se refiere a *usar cualquier otro artificio para defraudar*. La delimitación de los supuestos que quedarían comprendidos vendría definida de forma negativa. En este sentido, integrará la conducta típica aquella actuación del funcionario que consista en llevar a cabo una maniobra fraudulenta o engañosa, siempre que ésta no requiera a su vez la intervención del particular beneficiario de la misma. Cabría, pues, imaginar supuestos en los que, pese a no resultar beneficiado un tercero, el funcionario actúa en perjuicio de la Administración o en la liquidación de bienes, por ejemplo, si se realiza una venta de los mismos a bajo precio, sin que ello haya sido acordado previamente con el adquirente de los mismos.

El delito se consuma con el acuerdo de voluntades o con la realización del artificio destinado a defraudar a la Administración sin que sea necesario que se produzca el perjuicio, ni la obtención de ventaja por el funcionario. Si efectivamente se llega a producir el perjuicio, la mayoría de la doctrina entiende que se apreciará un concurso de delitos con el delito de estafa⁵¹. Desde mi punto de vista deberá apreciarse un concurso de normas entre el art. 436 y la modalidad de estafa agravada del art. 438. En el art. 438 nada impide que el perjudicado sea la propia Administración⁵². Esto siempre que se hubieran producido los elementos típicos de la estafa

Es posible el concurso con el delito de cohecho del art. 419 CP. Así, por ejemplo, cuando el funcionario se compromete a otorgar un contrato a favor de una empresa por un precio sustancialmente más alto que el del mercado a cambio de recibir una dádiva o un presente. En estos casos, además de la producción de un perjuicio para la Administración, que deberá pagar un precio superior por el producto o los servicios recibidos, implicará la obtención de una ventaja económica por parte del funcionario como contraprestación.

Casos de la Jurisprudencia: Director de prisión que se enriquece con los suministros que empresas realizan al organismo. Se castiga como fraude y como malversación (STS 27-septiembre-2002 A 8178); Director de prisión que realiza obras en la misma aparentando que las hace un tercero cuando son ejecutadas por los servicios de mantenimiento del centro haciendo suyo el dinero del Estado (STS 11-julio-1997 A 5497); Alcalde que permite adjudicaciones de obras a empresas en las que tiene intereses. La persona particular de la empresa es sancionada como cooperador necesario (STS 25-marzo-1997 A 1951).

Creo que es importante recalcar que la conducta debe ser idónea para perjudicar patrimonialmente a la Administración. A diferencia del CP anterior, el CP 1995 exige el ánimo de defraudar por parte del autor, por lo que serán atípicos los supuestos en los que no se dé dicho ánimo. Así por

⁵¹ Catalán Sender, *Los delitos cometidos por autoridades*, 1999, 326; MUÑOZ. CONDE, PE, 15ª, 2004, p. 1024.

⁵² En este sentido, ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 231.

ejemplo el caso en que en un ayuntamiento pequeño en el que el concejal es a la vez el panadero del pueblo y el Ayuntamiento, para las fiestas del pueblo, le compra a él pan, siendo la otra opción desplazarse para comprarlo a otro pueblo.

En el art. 437 CP (exacciones ilegales) se recogen todas aquellas conductas que consisten en obtener una ventaja patrimonial, generalmente una cantidad de dinero, bajo la apariencia de que se está desempeñando funciones públicas (diferencia con el cohecho).

Se ha incluido en el art. 437 la «exigencia de minutas que no sean debidas». De este modo se superan los obstáculos que la aplicación de este delito encontraba cuando la solicitud de una cantidad de dinero era realizada por un funcionario no competente para recaudar tasa u otra clase de tributos.

Este precepto se asemeja, según algún autor, a lo que en el Derecho comparado se llama concusión⁵³ destinado a sancionar los abusos en el ejercicio del cargo consistentes en obtener de los administrados cantidades de dinero u otras ventajas patrimoniales, a través de la constricción o el engaño⁵⁴.

No obstante debe matizarse que el delito del art. 437 únicamente cubre alguno de los supuestos propios del delito de concusión; concretamente aquellos en los que el funcionario engaña sobre la cuantía de lo debido o sobre la propia existencia de la deuda.

⁵³ Así se ha manifestado VALEIJE ÁLVAREZ, *La corrupción*, 1995, 92 ss. ; ETXEBARRIA ZAZARRABETIA, *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 220.

⁵⁴ El delito de concusión se recoge en el art. 317 CPI: «El funcionario público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cualidad o de su poder, constriña o induzca a alguien a darle o a prometerle indebidamente a él o a un tercero dinero u otra utilidad, será castigado con la pena privativa de libertad de cuatro a doce años». Se suele considerar por la mayoría de la doctrina italiana que la diferencia entre el delito de concusión y el delito de cohecho es que en el primero la iniciativa parte siempre del funcionario, pero además lo que caracteriza al delito de concusión es la falta de acuerdo entre ambas partes y la presencia de un sometimiento psicológico del particular respecto del funcionario, bien mediante violencia, amenazas (constreñimiento), bien mediante exhortación, sugestión, engaño (inducción).

El delito se consuma con la exigencia de los derechos, tarifas, etc. sin que sea necesaria la efectiva recepción de las mismas por el funcionario ni tampoco su entrega por el particular.

Diferencia con el cohecho en el que el funcionario solicita una ventaja económica a cambio de realizar un acto. En estos casos el funcionario no engaña al particular. Sin embargo, aunque formalmente podría considerarse que el delito de exacciones ilegales se asemeja al delito de concusión, al menos en su modalidad de inducción, no parece que ello sea el espíritu del CP al sancionar con menos pena el delito de exacciones ilegales, a pesar de haber engaño que el delito de cohecho.

De hecho en otras legislaciones la concusión se castiga más que el cohecho.

El delito de exacciones ilegales es, desde mi punto de vista, un precepto superfluo. El legislador restringe el tipo a la exigencia de una cantidad por un servicio concreto puesto que los derechos, las tarifas por aranceles y las minutas vienen unidos siempre a un concreto acto. Si el funcionario exige dicha cantidad haciendo creer al particular que debe pagarla, a la vez que el delito de exacciones ilegales concurriría el delito de estafa penado en el art. 438, y según la mayoría de la doctrina el delito de estafa absorbería al delito de exacciones ilegales⁵⁵. Si el funcionario exigiera dicha cantidad por el servicio, sabiendo el particular que se trata de una cantidad no debida, la conducta encajaría, además de en el delito de exacciones ilegales, en el delito de cohecho, sancionado éste en los arts. 419 y ss. CP y en este caso considero que el delito de cohecho absorbería al delito de exacciones ilegales⁵⁶.

En la STS de 13 de octubre de 1997 (A 7215): médico del Registro Civil que exigía a las empresas funerarias cantidades superiores a las reglamentadas por efectuar el reconocimiento de cadáveres. El TS sancionó al médico por el delito de exacciones ilegales. La cuestión es si esta conducta encajaba también en el delito de estafa.

⁵⁵ Así, por ejemplo, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios*, 1996, 1263.; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 226.

⁵⁶ MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios*, 1996, p. 1263.; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 226.

El art. 438 CP (estafa o apropiación indebida agravada con abuso de cargo) tipifica aquellos casos en los que la estafa o la apropiación indebida resulte facilitada por la función o el destino que el sujeto ocupa en la Administración. Se define abuso del cargo como prevalimiento de su condición funcional. Así, por ejemplo, cuando el funcionario sin tener competencia alguna para emitir un acto concreto, solicita o recibe una cantidad de dinero como contraprestación por una actividad pública que está absolutamente fuera de sus posibilidades. En estos casos se constata un claro abuso del cargo que permite al funcionario aparentar competencias sobre el acto pretendido y obtener una ventaja patrimonial.

También son imaginables aquellos casos en los que el funcionario engaña al particular sobre la ilicitud del acto por el que solicita una contrapartida o cuando simula una situación ilegal para obtener la dádiva. En ambos casos el particular entrega la ventaja para obtener un acto conforme a derecho, movido por el error que ha provocado en aquél el funcionario.

Además de las superposiciones que ya se han visto entre el art. 438 CP y los artículos de fraudes y exacciones ilegales, el art. 438 CP plantea problemas de delimitación con el delito de malversación del art. 435.1 CP. Es muy interesante en este sentido la exposición crítica realizada por CASTRO MORENO⁵⁷ que plantea por un lado el art. 435.1, delito de malversación impropia y el delito de apropiación indebida agravada del art. 438. Por un lado debe tenerse en cuenta, que según una consolidada línea jurisprudencial, para aplicar el delito de malversación bastaría con que el funcionario público haya recibido los caudales o efectos de forma oficial, en atención a su condición funcional, aunque su tenencia o gestión no forme parte de las funciones específicas que la normativa atribuya al cuerpo administrativo al que el sujeto pertenece, siendo suficiente con que éste haya recibido la cosa en base a una situación de hecho derivada de la praxis administrativa y, aproveche la misma, para realizar la conducta apropiatoria. Por otro lado, cuando se mantiene la tesis tradicional de que el art. 438 se limita a los supuestos en los que la condición funcional del sujeto sea un simple elemento de acceso, facilitación o de favorecimiento de la conducta apropiatoria, se olvida de que el art. 438 no regula un simple hurto cometido por el funcionario sino un delito de apropiación indebida, por lo

⁵⁷ CASTRO MORENO, *RDPP*, 2000-4, pp. 23 ss.

que el sujeto ha de ser, en su condición funcional, el depositario o administrador de los bienes, esto es, ha de tenerlos a su cargo.

Según CASTRO MORENO, con el que estoy de acuerdo, la solución pasa por suprimir el art. 438, artículo sin el cual no se perdería nada desde un punto de vista penológico, porque su pena se puede imponer aplicando directamente los delitos comunes de estafa y de apropiación indebida con la agravante, en su caso, del art. 22, 7^a⁵⁸.

Además la interpretación amplia dada por el TS al elemento de abuso del cargo, como sinónimo de prevalimiento de la condición funcional, se aparta de la línea general de los delitos contra la Administración Pública, lo cual lleva a cuestionarse la oportunidad de esta agravación específica⁵⁹.

8. Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos

Los tipos que se contienen en el Capítulo IX del Título destinado a los delitos contra la Administración Pública pueden integrarse en cuatro grupos: A) Participación indebida en negocios (art. 439 y 440); B) Actividad profesional o de asesoramiento incompatibles (art. 441); C) Uso indebido de secreto o información privilegiada (art. 442); D) Solicitación sexual (arts. 443 y 444). Esta materia ha resultado completamente modificada en el nuevo CP. En el CP 1944 existían dos preceptos relativos a negociaciones prohibidas a funcionarios, los arts. 198 y 404 que desaparecen, para dejar paso a otros artículos de contenido distinto. Por otra parte, ciertas modalidades antes incluidas en un Capítulo distinto referido a los fraudes y exacciones ilegales, así como las conductas de solicitud sexual por funcionario que antes se contemplaban en un capítulo separado destinado a «las limitaciones de la libertad sexual», ahora se reúnen en un mismo Capítulo.

Art. 439° (Participación indebida en negocios).

El autor del delito es la autoridad o funcionario público que deba informar por razón de su cargo en un contrato, asunto, operación o actividad.

⁵⁸ CASTRO MORENO, RDPP, 2000-4, p. 33 s.

⁵⁹ En este sentido, ETXEBARRIA ZARRABETIA, *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 228.

La conducta típica consiste en aprovecharse de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones.

Es necesario que la autoridad o funcionario deba informar por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad. Ha de existir un estricto deber de informar, y no sólo la posibilidad de hacerlo. Según la mayoría de los autores el deber ha de venir impuesto por el Ordenamiento Jurídico, pero ello no puede suponer que se halle previsto por una disposición legal o reglamentaria escrita, sino que ha de comprender a otras manifestaciones del Derecho como principios jurídicos, derecho consuetudinario (práctica administrativa), acuerdos de órganos colectivos, Circulares, orden legítima de un superior jerárquico, etc.

Este requisito es exigido con bastante rigor en las últimas Sentencias del TS. Así STS de 13 de noviembre del 2002 (A 10085). El supuesto de hecho consiste en un alcalde que desde hacía 15 años era a su vez agente de la entidad de seguros MAPFRE en la que percibía comisiones de los contratos de seguros que se lograran con su mediación. A través de su mediación el Ayuntamiento contrató con MAPFRE dos seguros: uno del ramo de accidentes personales para los miembros de la corporación, otro del ramo del automóvil para cubrir la responsabilidad circulatoria del vehículo propiedad del Ayuntamiento. En los últimos cinco años José M^a cobró por ambos seguros como comisiones un total de 111.946 pts. El TS absuelve a José M^a alegando que el art. 439 CP limita la autoría del delito a aquellos funcionarios que emiten informes en relación con la contratación realizada por el organismo en el que trabajan, quedando fuera otros funcionarios relacionados con la contratación. El núcleo central de la conducta típica consiste en aprovecharse de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación. El acusado no es el responsable de informar en el consistorio, sino el propio contratante de las pólizas de seguros actuando en nombre del Ayuntamiento.

En el mismo sentido se manifiestan otras Sentencias del TS 21 de octubre 2002 (A 9702); 22 de octubre del 2001 (A 9832) (Alcalde que en subasta de fincas municipales para su aprovechamiento se la adjudica a su hermano) se absuelve al sujeto por el mismo argumento. La propia sentencia reconoce que puede resultar extraño que se sancionen por este delito a quienes han de informar y no quienes han de resolver. Sin embargo, con-

forme a la dicción de la ley y el principio de legalidad es imposible aplicar el tipo a conductas análogas, incluso, aunque pudiera estimarse como más merecedoras de dicha condena. Debe tenerse en cuenta que frente al anterior art. 401 que describía la conducta como la del funcionario público que «se interesase en cualquier clase de contrato u operación en el que deba intervenir por razón de su cargo...», la redacción del 439 sí que exige expresamente ese deber de informar.

La conducta típica requiere que el autor «se aproveche» de la circunstancia de tener que informar «para forzar o facilitarse cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta en el negocio o actividad correspondiente.

El verbo «forzar» es innecesario y pudiera resultar perturbador. Es innecesario porque no es preciso forzar la participación para realizar el tipo: basta «facilitarse» dicha participación por cualquier otro medio. Y es perturbador porque pudiera olvidarse que si la participación se impone mediante amenazas constituirá, además del delito que ahora vemos, uno de amenazas condicionales castigado con pena más grave (arts. 169 ss CP), y si se consigue mediante violencia dará lugar al delito de coacciones (art. 172)⁶⁰.

El funcionario ha de facilitarse una «participación» en el negocio o actividad, entiendo que por la ubicación de los tipos debe tratarse de una participación económica, de contenido económico. Creo que es importante que esa mejora económica provenga del propio negocio, para así poder delimitar este delito del delito de cohecho.

Ejemplos problemáticos: Funcionario de la Delegación de Urbanismo que debiendo informar sobre la concesión de licencias de construcción pretende que la empresa constructora le dé un porcentaje de los beneficios o le venda a un precio simbólico acciones de la empresa, le ceda una parte de los terrenos, una vivienda, etc.

Por otro lado, aunque la redacción no deja del todo claro el momento de la consumación su interpretación más natural parece la que exige la consecución efectiva de alguna forma de participación en el negocio o

⁶⁰ En el mismo sentido, MIR PUIG, *Delitos*, 1996, pp. 320 ss.

actividad. Adviértase que la ley no se contenta con que el sujeto se aproveche para *intentar* forzar o facilitarse la participación, sino para *forzar o facilitarse* la misma.

Ahora bien, no es necesario que se perjudique con ello a la Administración.

El art. 440 CP tipifica la misma conducta prevista en el artículo anterior realizada por «los peritos, árbitros y contadores partidores... respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias». Varían pues los posibles autores del delito.

Art. 441º CP (Actividad profesional o de asesoramiento incompatible)

El autor del delito ha de ser una autoridad o funcionario público.

El núcleo de la conducta típica es la realización de una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o particulares.

El objeto de dicha actividad ha de ser un asunto en que deba intervenir el sujeto por razón de su cargo, o que se tramite, informe o resuelva en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa aquél.

Como elemento negativo es necesario que la actividad profesional o de asesoramiento no se halle admitida en las Leyes o Reglamentos.

La actividad típica puede ser tanto profesional como de asesoramiento. Ambas a su vez pueden ser permanentes o accidentales. En todo caso han de tener lugar bajo la dependencia al servicio de entidades privadas o de particulares. Aunque lo normal será que tales actividades tengan una retribución económica la ley no lo requiere. Ni siquiera es necesario un ánimo de lucro. Sí puede sostenerse que una actividad profesional implica la finalidad de obtener ingresos no puede decirse lo mismo de toda actividad de asesoramiento⁶¹.

⁶¹ MIR PUIG, *Delitos*, 1996, pp. 321 ss.

El texto de la ley alcanza expresamente tanto al que realiza la actividad «por sí» como «por persona interpuesta». Aquí, como en los artículos precedentes, se pretende evitar que se burle la finalidad de la ley.

Se castiga tanto la actividad profesional o de asesoramiento que tenga por objeto un asunto en que el funcionario deba intervenir por razón de su cargo, como si se trata de un asunto que se tramita en la oficina o centro directivo en que estuviera destinado o del que dependa. No es necesario, pues, que el asunto requiera la intervención del sujeto por razón de su cargo o que de hecho esta intervención se haya producido.

Sin embargo, no se puede castigar cualquier infracción de las leyes de incompatibilidades. Deberá exigirse cierto aprovechamiento o abuso de su función como funcionario. La Ley 53/1984, de 26 de diciembre de Incompatibilidades sanciona aquellos comportamientos que comprometan la imparcialidad o independencia de los funcionarios⁶². Se prohíbe la actividad privada del funcionario que se relacione directamente con las que desarrolle en el departamento, organismo o entidad donde estuviere destinado⁶³. Dentro de otras prohibiciones debe destacarse las que tengan relación con asuntos en los que haya intervenido el funcionario, esté interviniendo o vaya a intervenir⁶⁴. Las sanciones por faltas muy graves que pueden imponerse a los funcionarios públicos llegan hasta la separación

⁶² El art. 1.3. de la Ley dispone: «En cualquier caso, el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta ley será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia».

⁶³ Según el art. 11.1 de la Ley establece: «De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3 de la presente Ley, el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de las Entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviere destinado».

⁶⁴ Dispone el art. 12, a): «El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público. Se incluyen, en especial, en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público».

del servicio⁶⁵, que resulta más grave que las penas establecidas en el CP (multa y suspensión).

He encontrado sólo dos sentencias recientes del TS en las que se discute la aplicación o no del art. 441.

STS de 22 de septiembre del 2003 (A 6477) en el caso se trataba de un aparejador municipal que trabaja para promotoras en el mismo término municipal llegando incluso a atender en el ayuntamiento visitas relacionadas con su actividad profesional privada.

STS de 7 de enero del 2003 (A 783) El ayuntamiento de Sorvilán (Granada) contrata en su calidad de trabajador agrícola a D. Francisco M.E., a la sazón teniente alcalde, para la limpieza de determinados caminos agrícolas. D. Francisco no pone ninguna objeción a aquella contratación que le efectuó el alcalde. El TS absuelve al acusado porque la conducta típica consiste en realizar una actuación profesional en entidades privadas en asuntos relacionados con el cargo, para evitar que los intereses privados prevalezcan sobre los públicos. Por el contrario la conducta no abarca el trabajo o actividad realizados para la propia entidad pública de la que es agente el funcionario que es lo ocurrido en este caso.

C. CONCLUSIÓN

Después de este breve análisis de algunas de las reformas operadas en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, se puede concluir lo siguiente.

Las reformas no han sido demasiado profundas, manteniéndose la estructura general del CP 1944/1973.

El cambio de rúbrica debe valorarse como positivo, teniendo en cuenta que las rúbricas tienen un valor indicativo pero no decisivo a la hora de interpretar los tipos penales.

Algunas de las reformas, especialmente la inclusión del nuevo delito de cohecho pasivo impropio del art. 425.1 CP y la del delito de malversa-

⁶⁵ El art. 6 del Régimen disciplinario de 1986 especifica las faltas muy graves, disponiendo en su apartado h) como tal «el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades».

ción del art. 434, han sido producto de una muy mala técnica legislativa que producen enormes problemas de interpretación y que, debido a ello, son inaplicables. De hecho en ninguno de los dos casos ha habido todavía sentencias.

Los delitos de fraudes y exacciones ilegales son tipos residuales que generan importantes superposiciones con otros delitos. Algunos de ellos podrían haber sido suprimidos.

En esta clase de delitos es muy importante que el legislador penal tenga en cuenta, a la hora de tipificar, la legislación administrativa para evitar incoherencias. Así, por ejemplo en el ámbito de las incompatibilidades la legislación administrativa sanciona más gravemente algunas conductas que el art. 441 CP.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA ARÁN, M.: *La legalidad y el poder en el momento presente: ¿Hasta dónde la protección penal de lo público?*, en: Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial, 1998, 253-272.

ASÚA BATARRITA, A.: *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones criminales y criterios de interpretación*, en: Delitos contra la Administración Pública, (ed. a cargo de Adela Asúa Batarrita), IVAP, 1997, 13-56.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, en: DJ, tomo I, 1983, 1095-1105.

BATISTA GONZÁLEZ, M.P.: *Algunas reflexiones sobre la intervención del extraneus en el delito de cohecho de los artículos 425.1 y 426 del Código Penal*, en: RFDUC 95 (2002), 27-36.

CASTRO MORENO, A.: *Apropiación indebida por funcionarios y malversación impropia: criterios de delimitación*, en: RDPP 2000-4, 23-34.

- *La nueva modalidad de cohecho por actos propios del cargo del art. 425.1 del Código Penal: problemas de distinción con otras figuras*, en: AP 2002-1, 19-41.

CATALÁN SENDER, J.: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionario públicos en el nuevo Código Penal*, 1999.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *El delito de cohecho*, en: Delitos contra la Administración Pública, (ed. a cargo de Adela Asúa Batarrita), IVAP, 1997, 161-170.

- *El delito de tráfico de influencias*, en: Delitos contra la Administración Pública, (ed. a cargo de Adela Asúa Batarrita), IVAP, 1997, 171-178.
- *La malversación por aplicación privada de bienes muebles o inmuebles de organismos públicos (art. 434 CP), un tipo desafortunado*, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos «in memoriam», vol 2, 1999, 79-117.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I.: *La evolución legislativa del delito del tráfico de influencias*, en: AJA 223 (1995), 1-5.

EXTEBARRÍA ZARRABEITIA, X.: *Malversación de caudales públicos*, en: Delitos contra la Administración Pública, (ed. a cargo de Adela Asúa Batarrita), IVAP, 1997, 179-204.

- *Fraudes y exacciones ilegales*, en: Delitos contra la Administración Pública, (ed. a cargo de Adela Asúa Batarrita), IVAP, 1997, 205-232.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el CP 1995*, en: Los delitos de los funcionarios públicos en el CP 1995, 1996, 11-50.

JAÉN VALLEJO, M.: *La ilicitud del delito de prevaricación judicial. A propósito de la STS de 15 octubre 1999 y del ATS de 23 de julio 2002*, en: ReCPC 2002.

MIR PUIG, S.: *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*, en: Delitos de los funcionarios públicos en el CP 1995, 1996, 303-336.

MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, 4ª, 2004 (dir. Por Gonzalo Quintero Olivares y coord. Por Fermín Morales Prats)

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª, 2004.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal*, LL 1996, 1513-1527.

- *Los delitos relativos al tráfico de influencias*, LL 1998, 1514-1524.
- *Derecho Penal, Poderes Públicos y Negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)*, En: El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenajes al Profesor Dr. D. Ángel Torío López, 1999, 861-879.

OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, 1999.

RAMOS TAPIA, I.: *La interpretación del tipo de prevaricación judicial en el Estado democrático de Derecho: comentario a la sentencia del caso Gómez de Liaño*, en: LL 1999, 2005-2015.

REBOLLO VARGAS, R.: *Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L II. del Código Penal Español (Delitos*

contra la Administración Pública, en: Homenaje al Dr. Barbero Santos «in memoriam» Barbero Santos, vol. 2, 1999, 551-563.

ROCA AGAPITO, L.: *Nuevo perfil de la malversación en el CP de 1995. Destrucción de la cosa propia embargada. (A propósito de la SAP de Logroño de 29 de junio de 1996)*, en: El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, 2001, 1721-1735.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Cobeco*, en: NEJ IV, 1952, 354-364

RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *La responsabilidad del particular en el delito de cobeco. Comentarios a la STS de 29 de abril de 1998*, en: RDPP 1999-1, 183-207.

VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cobeco*, 1995.

VIRTO LARRUSCAIN, M.J. *El delito de prevaricación del funcionario público*, en: Delitos contra la Administración Pública, (ed. a cargo de Adela Asúa Batarrita), IVAP, 1997, 120-160.

EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE EL PECULADO Y LA CORRUPCIÓN *

ALESSANDRO SPENA**

Universidad Pública de Navarra, España

1. INTRODUCCIÓN

La práctica aplicativa de las normas incriminatorias del peculado y de las diversas formas de corrupción plantea varios problemas e interrogantes. En esta sede, quisiera dedicarme de modo particular a algunos de los problemas establecidos por la relación entre la aplicación de las normas en cuestión y el principio de ofensividad del delito.

El principio de ofensividad, como se sabe, puede ser entendido ya sea como *directriz para el legislador*, al cual ordena formular las normas incriminatorias de modo tal que éstas se dirigen sólo a hechos significativamente ofensivos de intereses dignos de tutela penal, así como *criterio hermenéutico*, en virtud del cual el juez es llamado a interpretar la norma incriminatoria de modo tal que ésta resulte aplicable sólo a conductas que puedan considerarse ofensivas del interés por ella protegido¹.

* Texto de la ponencia desarrollada en el encuentro de estudio organizado por el Consejo Superior de la Magistratura sobre «Administración Pública y Riesgo Penal» (Roma, 9-11 de octubre de 2006). Agradezco a los participantes en el encuentro por las vivaces e interesantes observaciones críticas.

¹ V. para todas la fundamental sentencia 62/1986, en GC, 408 ss. (en part. 415), en la cual se puede leer lo que sigue: «Puede ciertamente discutirse sobre la constitucionalización o menos del principio de ofensividad: pero que el mismo principio deba regir cada interpretación de normas penales es ya canon unánimemente aceptado. Compete al juez, después de haber recavado del sistema todo y de la norma particular interpretada, el bien o los bienes tutelados a través de la

Estando aquí la atención dirigida a la aplicación de normas, es evidente que del principio de ofensividad interesa la segunda acepción, y no la primera (que a lo más se advierte en perspectiva de reforma).

Asumido, por tanto, el principio de ofensividad como principio interpretativo, se trata de comprender cómo esto debe funcionar.

Una interpretación conforme al principio de ofensividad requiere, antes que nada, que se individualice el interés tutelado por la norma incriminatoria, y el contenido de ilícito de los hechos incriminados: el contenido de ilícito de un tipo de hecho (del hecho tipificado en una norma penal) consiste en la razón por la cual éste es considerado penalmente relevante, y por consiguiente en su proyección ofensiva, en su carga agresiva peculiar, el contenido de ilícito es aquel tipo de agresión al bien jurídico que, mediante la amenaza de la pena, la norma incriminatoria quiere evitar que se realice. Esto pues se deduce de la consideración unida al interés tutelado y de los requisitos típicos de la conducta prohibida.

Una vez individualizado el interés tutelado y el contenido de ilícito, se tratará de establecer, en relación a un caso concreto, si el hecho efectivamente realizado por el agente efectivamente posee, además de los requisitos típicos, el contenido de ilícito objeto de la función general-preventiva de la norma incriminatoria: si éste, en suma, es susceptible de causar una ofensa significativa, además de penalmente típica, a aquel interés.

Ateniéndome a este esquema interpretativo, de aquí en adelante, tanto en relación al peculado como en relación a la corrupción, comenzaré reconstruyendo el *contenido de ilícito* de los hechos incriminados. Por consiguiente, según esta previa reconstrucción, pasaré a individualizar, para cada una de las figuras delictivas seleccionadas, algunas *sedes applicativas problemáticas*: algunas hipótesis, casi paradigmáticas, en las cuales la aplicación de las normas incriminatorias formula, o de cualquier modo puede formular, algunos problemas de compatibilidad con el principio de ofensividad: ya sea en el sentido de que algunas veces en la aplicación de estas normas se dan, o pueden darse, interpretaciones en cuyo modo resulten punibles hechos en realidad priva-

incriminación de un determinado tipo penal, determinar en concreto, aquello... que, no alcanzando el umbral de la ofensividad de los bienes en discusión, está fuera de lo penalmente relevante».

dos del contenido de ilícito del peculado o de la corrupción; o ya sea porque puede darse que en la aplicación de las normas sobre el peculado o sobre la corrupción se manifiesten algunos problemas o algunas cuestiones que una interpretación orientada al principio de ofensividad del delito ayudaría a superar, o a plantear en el modo mejor.

2. PECULADO

2.1. Razones de la incriminación y la relevancia del valor de la cosa. La casuística jurisprudencial pone a la luz una serie de hipótesis en las cuales no está claro si la conducta apropiativa, no obstante realizada por el funcionario público, posea el contenido de ilícito de un peculado. Emblemático, desde este punto de vista, el caso de apropiación de cosas privadas de valor, o de valor extremadamente exiguo. Aquí se pregunta, en particular, si se puede punir en los sentidos del art. 314 del c.p. al funcionario público que se apropia de la cosa mueble de la cual disponga por razones del oficio cuando, efectivamente, ésta no tenga ningún valor, o tenga un valor exiguo tal que resulte prácticamente nulo.

En base al trazado argumentativo antes indicado, es preciso antes que nada individualizar el contenido de ilícito de los hechos de peculado, y por consiguiente el interés tutelado por el art. 314 del c.p.

2.1.1. Las normas a las que se refiere el art. 314, primer y segundo inciso, del c.p. son introducidas en tutela ya sea de la imparcialidad como del buen funcionamiento de la Administración Pública (indicados por el art. 97 de la Const. como objetivos, en la consecución de los cuales debe estar ordenada la organización, e implícitamente también la acción, de la administración del Estado). En particular, una conducta de peculado ofende la imparcialidad de la Administración Pública en cuanto el funcionario público, apropiándose de la cosa mueble poseída por razones del oficio, obtiene por el abuso de su posición funcional una ventaja indebida, para sí o para otros: alterando con ello el equilibrio de las posiciones originarias de los ciudadanos (allí comprendidos aquéllos que revisten la calificación de funcionarios públicos o de encargados de un servicio público) frente a la administración pública. Una conducta de peculado, además, ofende también el buen funcionamiento de la Administración Pública en cuanto ella implica una sustracción (definitiva o temporal, total o parcial) de la cosa a la destinación pública en la cual ella es funcional.

Los delitos de peculado son, por lo tanto, delitos pluriofensivos, en el sentido de que necesariamente ofenden tanto la imparcialidad como el buen funcionamiento de la Administración Pública; con la consecuencia de que no integra los extremos de la tipicidad sustancial de un delito de peculado una conducta que, aunque formalmente subsumible en uno de los dos incisos del art. 314 del c.p., no ofenda conjuntamente ya sea la imparcialidad así como el buen funcionamiento de la Administración Pública. Esto ocurre, por ej., en las hipótesis de abuso de la posesión (v. *infra*), en la cual el funcionario público usa la cosa por razones de provecho privado pero de manera no incompatible con la razón de oficio; o se piensa también en el caso en el cual un funcionario público usa sistemáticamente el teléfono de la oficina para llamar, sin embargo, a números gratuitos: tales conductas, si bien lesionan el principio de imparcialidad, no mellan en cambio el buen funcionamiento de la Administración Pública y no son por lo tanto punibles por peculado.

No esta claro, en cambio, si el art. 314 del c.p. tutela un interés patrimonial.

En jurisprudencia es del todo prevaleciente la tesis de que el peculado es un delito pluriofensivo, pero no en el sentido antes indicado, sino, precisamente, en el sentido de que ofendería, además de intereses *lato sensu* funcionales (fidelidad, buen funcionamiento, imparcialidad de la Administración Pública), también un interés patrimonial.²

Sobre esta posición (por otra parte, fundamentalmente compartida por gran parte de la doctrina) es preciso detenerse brevemente.

i) La idea de la pluriofensividad del delito, antes que nada, es usada por los jueces de manera completamente anómala. Es necesario en efecto recordar que el concepto, de por sí, está indicando que una misma norma incriminatoria es introducida *acumulativamente en tutela de más intereses*; con la consecuencia de que, careciendo de la lesión de uno de tales intereses, el

² V. p. ej. Cas. Pen., Secc. VI, 10-06-1993, Ferolla y otros, GP, 1994, II, 193, y CP, 1995, 285 (El delito de peculado tiene naturaleza pluriofensiva. Éste en efecto tutela no sólo la legalidad, y eficiencia, probidad e imparcialidad de la actividad de la administración pública, sino también el patrimonio de la misma administración pública o de terceros).

fin de tutela específico de la norma no podrá considerarse integrado, ni por consiguiente la misma norma violada. En cambio los jueces frecuentemente emplean la referencia a la naturaleza pluriofensiva del peculado en un sentido exactamente inverso a éste: y esto es, como si aquella naturaleza estuviese indicando que una norma incriminatoria es introducida, no acumulativamente, sino *alternativamente en tutela de más intereses*; como si la incriminación de la conducta apuntase a tutelar, alternativamente, esto o aquello de los intereses que constituyen la pluriofensividad. Se sostiene, por ej., que la naturaleza pluriofensiva del delito de peculado implicaría que la eventual falta de daño patrimonial consecuente en la apropiación no excluye la subsistencia del delito, «dado que queda de cualquier modo lesa por la conducta del agente el otro interés –diverso del patrimonial– protegido por la norma, y esto es el buen funcionamiento de la administración pública»³

ii) Pero más allá del problema del uso de la categoría del delito pluriofensivo, es generalmente más dudoso que el peculado tenga realmente naturaleza patrimonial.

En realidad, quien conciba la norma de peculado como introducida en tutela del patrimonio de la Administración Pública y conciba esta tutela como algo distinto respecto a la tutela de los aspectos dinámico-funcionales (buen funcionamiento, imparcialidad) de la Administración Pública no considera que la noción de «patrimonio de la Administración Pública» esta ella misma animada por la idea de la funcionalidad. Como el patrimonio de

³ Cas. pen., Secc. VI, 10.06.1993, cit.: el caso en particular era el del radiólogo de un hospital que había distraído a favor de terceros algunas placas radiográficas de propiedad de la USL sustituyéndolas con otras de marca distinta, próximas al vencimiento, que por otra parte habían sido utilizadas en el mismo hospital antes del vencimiento; el juez de apelación había considerado que la falta de un perjuicio económico para la USL y la fungibilidad entre las diferentes placas implicaban la inexistencia del delito, sin embargo la Casación ha censurado tal decisión en mérito, entre otros, del principio en mención. En mérito, por otra parte, el pronunciamiento parecería compartible: contradictorio es, en cambio, el razonamiento que la sostiene. La solución del caso, en efecto, está demostrando precisamente que la incriminación del peculado no tutela el patrimonio estáticamente entendido, sino la actividad funcional –y por lo tanto la imparcialidad y el buen funcionamiento – de la Administración Pública. Y que la presencia o menos de un perjuicio patrimonial asume relevancia sólo en los límites en los cuales se traduzca en un perjuicio funcional a cargo de la Administración Pública. en el mismo sentido, aún recientemente, Cas. pen., Secc. VI, 02.03.1999, n. 4328, Abate, CP, 2001, 166.

los particulares es protegido como instrumental «para la conservación, autonomía y desarrollo de la persona humana»⁴, así la tutela del patrimonio de la Administración Pública tiene sentido sólo en cuanto funcional la conservación, autonomía y desarrollo de la administración del Estado: o sea, en cuanto instrumental al buen funcionamiento y a la imparcialidad de la Administración Pública. Es precisamente la tutela de la funcionalidad del Estado el punto de vista desde el cual el patrimonio de la Administración Pública asume relevancia penal: es decir, en cuanto aquel patrimonio sirva a la Administración Pública para alcanzar sus fines y desarrollar sus funciones, y hacerlo de la manera más justa posible (*sic*: más eficaz e imparcial posible). En la óptica de la protección dispuesta por el art. 314 del c.p., por lo tanto, el patrimonio de la Administración Pública no se introduce en añadidura o en alternativa al buen funcionamiento y a la imparcialidad de la Administración Pública: la tutela del patrimonio de la Administración Pública *es* aquella misma tutela del buen funcionamiento y de la imparcialidad de la Administración Pública.

En la óptica del art. 314 del c.p., pues, la tutela del patrimonio de la Administración Pública no es más que una parte de la tutela del buen funcionamiento y de la imparcialidad de aquélla. Lo que, por otra parte, encuentra confirmación también en algunos indicios extraíbles de la regulación positiva del peculado.

a) Una concepción patrimonial del peculado, por ej., no logra explicar por qué nunca la cosa objeto de apropiación por parte del funcionario público deba ser, por éstos, poseída por razones de oficio: lo reflejado sirve, en realidad, para evidenciar la necesidad de que la cosa objeto de peculado esté a disponibilidad del funcionario público debido a una destinación funcional muy precisa; es decir, que la disponibilidad de la cosa por parte del funcionario público no sea puramente casual o ocasional, sino que encuentre la verdadera razón en el oficio desarrollado por el sujeto, o como quiera que sea en su «posición». Tal requisito representa, evidentemente, un punto de conexión entre la disponibilidad de la cosa por parte del funcionario público, por un lado, y la acción y el funcionamiento de la Administración Pública, por el otro. Esto por tanto se justifica sólo en la

⁴ MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, 2ª ed., Padova, 2002, 17.

perspectiva de una tutela que tiene como objeto propio la acción y el funcionamiento de la Administración Pública (*sub specie* imparcialidad y buen funcionamiento). El hecho de limitar la relevancia penal de las conductas apropiativas a aquéllas que tengan por objeto solamente cosas poseídas «por razones de oficio» no tendría en cambio ninguna justificación, si la incriminación del peculado estuviese esencialmente introducida como tutela de intereses patrimoniales.

b) La norma de peculado castiga también el hecho (que antes de la reforma del 90 integraba el delito, de gravedad sustancialmente análoga, de malversación en perjuicio de privados) del funcionario público que se apropia de bien mueble (poseído por razones de oficio) que pertenezca a un privado, y no a la A.P. Ahora, si el objeto de la tutela prevista por el art. 314 del c.p. en estos casos fuese, como se sostiene, el patrimonio del privado (al cual pertenece el bien mueble del cual el funcionario público se apropia indebidamente), no se explicaría de modo alguno por qué el marco legal previsto para el peculado es, en gran medida, superior respecto al aplicable a una apropiación indebida (art. 646 del c.p.) eventualmente agravada en los sentidos del art. 61 n. 9 del c.p. (o sea: por haber sido cometida «con abuso de los poderes, o con violación de los deberes, inherentes a una función pública o a un servicio público»). Dicho de otro modo: el desvalor de una apropiación indebida, como agresión del patrimonio de ajenos, cometida con abuso de los propios poderes por parte de un funcionario público, está íntegramente expresado por lo dispuesto en los arts. 646 del c.p. y 61 n.9 del c.p. Y se trata de un desvalor que, estando al marco legal de la pena que constituye la «manifestación» de aquél, en gran medida, es inferior al desvalor de un supuesto de peculado (o también, antes de la reforma, de un hecho de malversación en perjuicio de privados). Es evidente, entonces, que el desvalor del peculado (o de la malversación) debe residir más allá que en la mera agresión al patrimonio, que también éste normalmente implica: y en particular en la agresión a la imparcialidad y al buen funcionamiento de la A.P.

c) *Ad abundantiam*, se considera en fin que el peculado no queda necesariamente excluido cuando el funcionario público es, por casualidad, el propietario del bien mueble objeto material de la conducta apropiativa por él realizada: lo que en cambio no tendría ningún sentido si lo tutelado fuese el patrimonio del sujeto (es decir, en tal caso, del mismo funcionario público) al cual pertenezca el bien objeto de apropiación.

2.1.2. Establecido que el peculado no tiene naturaleza patrimonial, y que el art. 314 del c.p. tutela exclusivamente la imparcialidad y el buen funcionamiento de la A.P., es preciso preguntarse ahora cómo esta conclusión influye sobre el problema del cual habíamos partido: es decir, si es punible una conducta apropiativa incluso en caso de que el bien que constituye objeto esté privado de valor.

En efecto, frecuentemente se piensa que la posibilidad de atribuir relieve, por decir así, «eximente» a la circunstancia de que, en un caso particular, el valor patrimonial del bien objeto de apropiación sea nulo o extremadamente exiguo dependa del hecho de concebir el peculado como delito (al menos en parte) patrimonial. Ésta es por ejemplo la vía trazada, en jurisprudencia, por la sentencia *Mazzitelli*⁵, la cual después de haber identificado al objeto jurídico del peculado con la tutela del patrimonio de la A.P., enuncia el principio según el cual el art. 314 del c.p. presupondría que los bienes objeto de peculado poseen un valor económico, es así que el delito no subsistiría si las mismas estuviesen privadas o tuviesen uno de tal forma exiguo que la acción acabada no configure lesión alguna de la integridad patrimonial de la A.P.⁶.

⁵ Cass. pen., Sez. VI, 19.09.2000, n. 10797, *Mazzitelli*, *CP*, 2001, 2381, en la cual la Corte ha acogido la petición del imputado al que, en sede de mérito, se le había considerado responsable de haberse apropiado de tres estuches procedentes de cartuchos de la A. P., detonados en el curso de los prescritos ejercicios de tiro de las fuerzas policiales.

⁶ Sobre la misma estela se han introducido sucesivamente otros pronunciamientos. V. por ej.: Cass. pen., Sez. VI, 11.11.2004, n. 47193, *CED* (rv 230466) (que ha excluido la configurabilidad del peculado en la conducta del agente de la Policía de Estado que, al estallar sin necesidad un tiro de la pistola de ordenanza, había utilizado un cartucho en dotación); Cass. pen., Sez. VI, 22.03.2001, n. 21867, *Ioia*, *CED*, 2001, rv 219021, (que ha excluido la configurabilidad del peculado en la hipótesis di utilización de los modelos prepublicados por los libretos de idoneidad sanitaria, con el fin de cometer el delito de falsedad material en acto público); Cass. pen., Sez. VI, 14.11.2001, n. 1905, *Manzo y M. y altri*, *GI*, 2003, 996 (que ha excluido la subsistencia del delito de peculado, y ha reconocido en cambio el de abuso de oficio, en la conducta de apropiación a propia ventaja por parte de algunos empleados de una conservaduría inmobiliaria de material de consumo y de energía eléctrica necesaria para el funcionamiento de maquinaria del oficio); Cass. pen., Sez. VI, 15.10.2002, n. 37018, *Treviglio*, *RP*, 2003, 456 (que sin embargo ha considerado que un valor necesario subsistiría en la hipótesis de billetes bancarios

El punto merece, por otra parte, algunas consideraciones. La exigencia de que la cosa tenga un valor objetivamente apreciable, en realidad, no tiene ninguna relación con una pretensión de naturaleza patrimonial del delito de peculado, ni depende de ningún modo de ésta. Ésta constituye en cambio el reflejo de la ofensividad típica de la figura en cuestión: si la cosa objeto de apropiación no tiene valor alguno para la A.P., el funcionario público, con su conducta, no se beneficiará de manera socialmente significativa respecto a los otros coasociados, ni comprometerá de modo alguno el buen funcionamiento de la administración pública. En otras palabras, toda vez que la exigüidad del valor (patrimonial e incluso sólo funcional) del bien sea tal que implique que el funcionario público que se apropie de ella no obtenga provecho, para sí o para otros, alguna real posición de ventaja respecto a terceros, o que de la conducta no derive ningún compromiso a cargo del buen funcionamiento de la A.P., la tipicidad (ofensiva, sustancial) de la conducta apropiativa en los sentidos del art. 314 del c.p. podrá ciertamente ser excluida, sin ninguna necesidad de referirse a una pretensión de naturaleza patrimonial del delito de peculado.

De esto proceden dos ulteriores puntualizaciones.

Antes que nada, para asumir relevancia en el sentido del art. 314 del c.p., no importa que el bien tenga un valor económico: ya que lo que se debe resaltar son los reflejos de la conducta sobre la imparcialidad y el buen funcionamiento de la A.P., es preciso que el bien tenga por lo menos un *valor funcional*, es decir que tenga una utilidad significativa desde el punto de vista de la persecución de una finalidad pública cualquiera⁷.

falsos, ya que éstos tendrían valor económico ya sea para la FUNCIONARIO PÚBLICO, que tiene interés en eliminar el bien de la circulación monetaria, o ya sea para el sujeto activo del delito teniendo éste un indudable valor comercial).

⁷ Compartible por lo tanto, si se está de acuerdo en este sentido, Cass. pen., Sez. VI, 02.11.1999, n. 694, Piperita, Cass. Pen., 2001, 166, *RGPo*, 2001, 340, por la cual; comete delito de peculado el funcionario público que, teniendo por razones de su oficio la posesión y la disponibilidad de las armas comunes de disparo pagadas por los privados para fines de destrucción, en los sentidos del art. 6, inciso 3 de la Ley del 22 de mayo de 1975, n. 152, se apropia de ellas, no importando para nada la circunstancia de que el arma tuviese un *valor (económico)* prácticamente nulo, siendo suficiente, para que se configure el peculado, que la cosa tenga *una utilidad cualquiera*.

Además, cuando se habla de un «valor objetivamente apreciable» de la cosa, se refiere esencialmente al *valor* que ésta tiene *para la A.P.* El punto de vista desde el cual se debe observar, para establecer si el bien objeto de apropiación tiene al menos un valor mínimo suficiente, es pues *el punto de vista del funcionamiento de la A.P.* y de los intereses de la cual ésta es, una y otra vez, portadora. Es irrelevante, en el sentido del art. 314 del c.p., que el bien, privado de cualquier valor desde el punto de vista de la A.P., asuma en cambio un valor cualquiera, actual o potencial, para el funcionario público que se apropia de él, o para los terceros a favor de los cuales éste eventualmente se apropie.

En síntesis, así pues, no se está en presencia de una apropiación relevante en el sentido del art. 314 del c.p. en el caso en que la conducta del agente no haya lesionado ni la imparcialidad ni el buen funcionamiento de la A.P., hasta tal punto inconsistente era el valor, no sólo patrimonial sino también funcional, de las cosas eventualmente sustraídas por aquél.

A ello se une una ulterior puntualización: es preciso que el bien tenga *valor para la A.P. ya en el momento en el cual la conducta apropiativa es realizada*, o que éste cuanto menos sea *susceptible de adquirirlo una vez utilizada en conformidad a los principios que regulan la actividad de la A.P.* No se tendrá, en cambio, peculado toda vez que el bien de por sí privado de cualquier valor para la A.P., sea capaz de adquirirlo por razón de la actividad ilícita eventualmente realizada por el funcionario público o por terceros sucesivamente en la apropiación⁸.

⁸ *Contra*, sin embargo, Cass. pen., 31.10.1986, Vacca, RP, 1987, 427 (por la cual con el fin de la configurabilidad del delito de peculado es necesario que la cosa, objeto material del delito, tenga un valor económico intrínseco propio, es decir que sea susceptible de adquirir o readquirir una utilidad cualquiera por el hecho del agente o de otros, convirtiéndose así en objeto de provecho); Cass. pen., Sez. VI, 04.02.1988, Galluccio, RP, 1989, 422 (las recetas que prescriben medicamentos y las etiquetas de precio despegadas desde la confección de los medicamentos y unidas a las recetas mismas, después del depósito en la funcionario público para el pago del importe de la prestación, se vuelven propiedad de la funcionario público y su sustracción producida con la concurrencia del funcionario público dependiente del ente constituye peculado); Cass. pen., 25.10.1989, Mocini, RP, 1991, 99: una cosa es susceptible de peculado ya sea cuando tenga un propio valor económico intrínseco (puesto que las cosas privadas de valor no pueden en cuanto tales revestir interés para el derecho) o ya sea por cualquier utilidad que la misma pueda adquirir

Ni parece decisiva, en el sentido de hacer corresponder esta hipótesis en el peculado, la observación según la cual «la apropiación cae también aquí sobre *cosas confiadas o de cualquier modo en posesión de la a.p. y de directa «monetizabilidad»*, bajo formas de ahorros de compra, reembolsos indebidos, o consecución de bienes»⁹. En estos casos, en efecto, la «monetizabilidad» del bien representa un valor desde el punto de vista del agente: pero ello de modo que las cosas mismas tengan un valor también para la A.P. La finalidad del art. 314 del C.P. no es la de impedir que el funcionario público consiga una ganancia ilícita, sino, a lo más, el de evitar que de la apropiación de ciertos bienes derive una lesión a la imparcialidad y al buen funcionamiento de la A.P. Y desde este punto de vista es indiferente que la cosa sustraída pueda generar un valor en virtud de una conducta ilícita ulterior a la de apropiación: lo que importa es que el mantenimiento de la destinación pública del bien tuviese, o pudiese en un futuro adquirir, un valor para la A.P.

2.2. Peculado y simple abuso de posesión. Las reflexiones y puntualizaciones hechas hasta aquí en cuanto al contenido de ilícito del peculado consienten poder resolver también otro caso en el cual se podría presentar un conflicto entre la aplicación del art. 314 del c.p. y el principio hermenéutico de la necesaria ofensividad del delito.

Entre las formas de la apropiación punible como peculado está comprendido ciertamente el uso del bien mueble. Cada uso, en efecto, (aunque sea momentáneo, e incluso si es seguido de restitución inmediata) *puede constituir* el medio de una apropiación (cuanto menos a título de peculado de uso¹⁰).

Dicho esto, es también cierto, sin embargo, que *no todo uso del bien, de hecho, constituye apropiación*: la distinción entre peculado y otros tipos de ilícito coincide, aquí, con la *distinción entre apropiación y simple abuso de la*

o readquirir por el hecho del agente o de otros (en particular, la casación ha considerado que representarían una utilidad económica para la A. P. algunos recibos por honorarios de prescripción de prestaciones sanitarias en las estructuras públicas de las cuales el imputado se había apropiado).

⁹ M. ROMANO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, 2002, 23.

¹⁰ Castigado en los sentidos del segundo inciso del art. 314 del c.p.

posesión. No basta un abuso de la posesión – es decir: un uso del bien más allá de los límites señalados por el título de la posesión– para dar vida a una apropiación. Es preciso en cambio: *a)* que el bien sea usado por razones, no sólo extrañas al título de la posesión, sino también incompatibles con éste: es decir, de manera en la que se pueda determinar una sustracción, incluso momentánea pero de cualquier modo no irrelevante, del bien de su destino institucional; *b)* que el agente haya infundido efectivamente en su propia conducta el significado de una apropiación del bien.

No constituye por tanto *peculado el uso del bien que, incluso extraño al título de la posesión, ocurra en ocasión del uso institucional del mismo, sin representar obstáculo o agravio*. Por ej., si Fulano, magistrado, da todos los días un paseo a su propio hijo en el auto de servicio, no cometerá peculado ya que dicho uso del bien, incluso extraño al título de la posesión, no implica una alteración del trayecto institucional casa-oficina, y no es por lo tanto incompatible con la razón de oficio que justifica la disponibilidad del automóvil por parte suya¹¹.

¹¹ La distinción entre peculado y mero abuso de la posesión emerge, ahora y siempre, también en la jurisprudencia. Cass. pen., Sez. VI, 22.04.1987, Craffonara, *RP*, 1988, 403: para los fines de la configurabilidad del peculado por distracción, no basta el uso irregular del dinero, sino que es preciso el doloso empleo para la realización de un fin diverso e incompatible con su destinación legal (en particular, se ha considerado que no se reconoce el delito de peculado por distracción en las deliberaciones con las cuales la junta de la comunidad de Fiemme había decidido distribuir sumas de dinero en provecho de numerosos empresarios privados de Val di Fiemme, para incentivar actividades económicas: se ha considerado, en efecto, que tales sumas hubiesen sido utilizadas en el ámbito de la destinación a ellos atribuida por una reglamentación veintenial considerada legítima); Cass. pen., Sez. VI, 13.05.2003, n. 27007, Grassi, *CP*, 2004, 1626: no es configurable la apropiación, como conducta de peculado, en el uso por parte del funcionario público de los automóviles de servicio, a falta de las condiciones que prevén la autorización fuera del ámbito comunal, en caso de que tal uso esté exclusivamente predispuesto en las exigencias de servicio, por cuanto, en tal caso, el bien del cual el funcionario público tenga la disponibilidad, por razones de su oficio, permanezca, de cualquier modo, en el ámbito de su normal destino jurídico, y esto es en la esfera de la A. P., quedando claro que se trata de una conducta que tiene relieve en el plano disciplinario (en aplicación de tal principio, la S.C. ha excluido que integrase el delito del art. 314 del c.p. la conducta del magistrado que –en calidad del presidente del tribunal– utilizaba el auto de servicio exclusivamente para el recorrido casa-oficina, incluso tratándose de recorridos extra-comunales en cuanto la vivienda del magistrado estaban ubicadas fuera de la Comuna en la que tenía lugar la oficina).

El principio de ofensividad en la interpretación de las normas sobre...

En casos de esta índole, en efecto, falta la expropiación del bien, la sustracción de éste a su destinación funcional: sin la cual no puede haber peculado. En los casos de mero abuso de la posesión, en fin, es sin embargo lesionado el interés en la imparcialidad de la A.P. (para el funcionario público, o un tercero, gozan indebidamente de una utilidad extraíble del uso del bien poseído por razones del oficio), pero no es lesionado el interés al buen funcionamiento de la A.P. (ya que el uso indebido del bien ocurre sin sustraerla de su destinación funcional)¹².

2.3. *La razón de oficio o de servicio.* El contenido ofensivo típico de un peculado, se ha dicho, consiste en el hecho de que el agente adueñándose del bien mueble poseído por razones del oficio lesione la imparcialidad y el buen funcionamiento de la A.P.

Siendo ésta la ofensividad típica de un peculado, todos los elementos del tipo penal del cual hace mención el art. 314 del c.p., en conformidad con el principio de necesaria lesividad del delito, estarían por consiguiente interpretados. Esto ya se ha visto en relación a la conducta de apropiación (que se distingue respecto al mero abuso de la posesión) y en relación al bien que constituye objeto de ello (que debe necesariamente poseer algún valor, económico o funcional).

La idea del contenido de ilícito de los hechos de peculado debería guiar también la interpretación de los presupuestos de la conducta de peculado, para los cuales es preciso que el bien mueble sea poseído –por el funcionario público (o por el encargado del servicio público) de la que se apropie – por «razones de oficio» (o del servicio).

Que el funcionario público tenga la posesión del bien mueble por razones del oficio significa que la posesión del bien mueble por parte suya debe tener la razón apropiada en la posición (de funcionario público)

¹² El mismo principio ha sido aplicado en jurisprudencia en cuanto se ha considerado que una apropiación relevante en los sentidos del art. 314 del c.p. faltase en el caso del funcionario público que, aun llevándose dinero o bien mueble poseídos por razones del oficio, los hubiese contextualmente sustituido con dinero del mismo valor nominal o con cosas que tenga la misma aptitud funcional: en tal caso, se evidencia, el agente no convierte nada en su propio patrimonio y ningún interés del Estado-administración es correlativamente mellado, excepto realizando con la mencionada conducta, según la finalidad ilícita que el sujeto se establezca alcanzar,

cubierta: la disponibilidad (poder material o poder jurídico de disponer) del bien mueble por parte del funcionario público debe encontrar justificación, legitimación, admisibilidad jurídica, en la función pública ejercida por el agente. Es preciso que el agente tenga la disponibilidad del bien mueble precisamente *en causa, en razón*, de su posición de funcionario público; que la disponibilidad del bien se encuentre, por tanto, entre sus funciones, o sea, se encuentre de cualquier modo, implicado en sus competencias, en sus poderes. La disponibilidad del bien mueble por parte del funcionario público implica, es decir, que éste tenga el poder de disponer de él (materialmente o por acto jurídico); la razón de oficio indica en cambio que tal poder de disposición (material o jurídica) del bien debe entrar entre las competencias del funcionario público¹³.

Ahora, el requisito de la razón de oficio posee un significado primario en la óptica de la reconstrucción del contenido ofensivo de los hechos de peculado. En efecto, la consignación del bien mueble en la disponibilidad del funcionario público es una consecuencia, y por consiguiente también un signo, del hecho de que ésta se halla en tal modo destinada a la persecución de finalidades públicas: aquellas finalidades públicas que constituyen el objetivo inmanente de las funciones ejercidas por el funcionario público. La razón de oficio que justifica la posesión del bien por parte del funcionario público es pues índice del destino funcional del bien poseído: que el bien sea poseído por razones de oficio significa que se halla destinado a la persecución de finalidades públicas, y que la persecución de tales finalidades públicas mediante actos de disposición material o jurídica del bien se ubica entre las competencias, o los poderes, del funcionario público¹⁴.

un diverso título de delito, donde se repitan los presupuestos: Cas. pen., Secc. VI, 17.04.1989, Collorafi, RP, 1990, 501.

¹³ «Para la configurabilidad del peculado o de la malversación no es necesario que el funcionario público tenga la detención material o la disponibilidad directa e inmediata del dinero o del bien mueble del cual se apropia, sino que es suficiente, para integrar el elemento de la posesión, que aquél tenga la disponibilidad jurídica en consecuencia de la función por él desarrollada, o bien la posibilidad de disponer del bien mediante un acto o un hecho que corresponda a la competencia del oficio del cual está investido» (Cas. pen., Secc. II, 22.11.1983, n. 2509, Tavernini, CED (rv 163211)).

¹⁴ El razonamiento, por otro lado, no está entendido en términos rígidamente formales: es ciertamente posible como generalmente se admite, que la disponibilidad del

Por este camino, es preciso el requisito de la razón de oficio para explicar la ofensividad del peculado en términos de ofensa al buen funcionamiento de la A.P. Donde el bien del cual se apropia el funcionario público no fuese por éste poseído por razones del oficio, significaría que la disponibilidad (generalmente sólo material y ocasional) del bien no es índice de un destino público del bien, de modo que la apropiación del mismo no determina alguna sustracción respecto a la persecución de finalidades públicas, ni por consiguiente una lesión al buen funcionamiento de la A.P.

No se tendrá, por lo tanto, posesión «por razones de oficio» – además, en la hipótesis en la cual el funcionario público esté en posesión del bien en calidad de ciudadano privado y fuera del ejercicio de la función pública – en la hipótesis en la cual el funcionario público esté en posesión del bien *durante* el ejercicio de sus funciones, pero de manera fortuita u ocasional: aquí, en verdad, entre el ejercicio de la función pública por parte del funcionario público y el hecho de que éste entre en posesión del bien existe una simple concomitancia temporal; el ejercicio de las funciones, en consecuencia, no se pone en absoluto como fundamento, como justificación, de la posesión del bien, sino que se limita a ocasionarlo, o a lo más a facilitarlo. Tanto en el uno como en el otro caso, no se puede decir que el funcionario público tenga la disponibilidad del bien por razones de oficio, si es verdad que, en ambas situaciones, el bien no es precisamente confiado al funcionario público en razón de sus competencias, y que por lo tanto entre sus poderes funcionales no incluye el de disponer (materialmente o por acto jurídico) del bien mueble en su posesión.

bien se encuentre sin embargo entre las competencias del funcionario público, pero en fuerza de una simple praxis o de costumbres adoptadas en la FUNCIONARIO PÚBLICO, o también de actos afectados por vicios administrativos (incompetencia relativa, ilegitimidad, violación de deberes, etc.), o de una orden del superior, o que el ejercicio del poder en cuestión constituya una circunstancia tolerada por la FUNCIONARIO PÚBLICO, con tal que, en todos estos casos, se pueda de cualquier modo considerar expresión de la función ejercida por el funcionario público, y no constituya el resultado de un acto penalmente ilícito. Compartible, por tanto, Cas. pen., Secc. VI, 10.04.2001, n. 27850, La Torre, *RP*, 2003, 19; Cas. pen., Secc. VI, 10.07.2000, n. 9443, Vergine, *CP*, 2001, 2382; Cas. pen., 19.05.1987, Mollo, *RP*, 1987, 1063; Cass. pen., 14.04.1987, Verazzo, *RP*, 1988, 83; Cas. pen., Secc. VI, 17.02.1983, n. 8652, Cameli, *CED* (rv 160784).

Esto hace difícilmente compartibles aquellos, no raros, pronunciamientos jurisprudenciales que en cambio, para integrar el requisito en cuestión, consideran suficiente que el funcionario público haya simplemente entrado en posesión del bien «en ocasión del ejercicio de las funciones»¹⁵. Como, por ej., cuando se considera punible por peculado al docente de una escuela media estatal que se había apropiado de las sumas que le pagaron los estudiantes como cuota de participación por paseos escolares¹⁶; o un agente de P.S.* que, habiendo intervenido para calmar una

¹⁵ V. por ej. Cas. pen., Sez. VI, 25.02.1994, Fumarola y otros, *CP*, 1995, 1853, *MPC*, 1994, fasc. 10, 122 (es suficiente para constituir la posesión «por razones de oficio» cualquier relación que de cualquier modo se refiera a las incumbencias ejercitadas por el agente y que le consienta manejar dinero, ya sea ocasionalmente y en vía de hecho); Cas. pen., Secc. VI, 13.05.1992, Vassena, *MCP*, 1993, fasc. 2, 24, y *CP*, 1994, 1854, e Cas. pen., Secc. VI, 08.11.1988, Mandozzi, *GP*, 1989, II, 499 (suficiente que la posesión de bien mueble por parte del funcionario público sea fruto incluso de ocasional coincidencia con la función ejercitada); Cas. pen., 17.12.1987, Damato, *GP*, 1989, II, 229 (es suficiente una relación de simple ocasionalidad con el bien mueble, en el sentido de que basta que la relación ocasional de posesión tenga origen en el ejercicio de incumbencias conexas con la pertenencia al oficio del sujeto activo del delito); Cas. pen., 27.02.1985, Staltari, *RP*, 1986, 163, y Cas. pen., 16.01.1981, Genesini, *GP*, 1981, II, 719 (el requisito de la posesión por parte del agente por razones de oficio o de servicio recurre también cuando la razón de oficio dependa de simple ocasionalidad y, para interrumpir la relación de oficio, es preciso que la asignación sea contrastante con una expresa prohibición de ley o bien que derive de acto ilícito); Cas. pen., 14.12.1982, Flagiello, *GP*, 1983, II, 431 (la posesión calificada por la razón de oficio o de servicio puede depender también de simple ocasionalidad y no estar unido a la competencia específica, formal o funcional del funcionario público o del encargado del servicio público). Sólo nominalmente diferente Cas. pen., Sez. VI, 04.11.1994, Russo, *CP*, 1996, 1444 (que de la *res* objeto de apropiación y el ejercicio de las funciones del funcionario público; pero luego provee de tal ocasionalidad un concepto demasiado mezquino, considerando que ésta vaya «entendida en su significado literal de evento fortuito y ligado al caso, y no puede denominarse subsistente cuando el ejercicio de las funciones o sea la simple asignación puesta por el privado en la calificación pública del sujeto ha representado la contingencia que ha favorecido la insurrección de la posesión, por parte de este último, del bien ajeno»: con la consecuencia de calificar como peculado el caso de la apropiación de sumas sacadas de libretas y bonos postales confiados fiduciariamente a dependiente de la administración de los correos para el cobro).

¹⁶ Cas. pen., Secc. VI, 29.11.1993, Solaroli, *GP*, 1994, II, 400, *MPC*, 1994, fasc. 3, 38 (es suficiente que la asignación, que puede ser también facultativa y ocasional, sea de cualquier modo dependiente del oficio ejercitado).

* Policía del Estado.

disputa y habiendo, por consiguiente, arrestado a uno de los contendientes, se había adueñado de una libreta bancaria de ahorro al portador, sustrayéndolo del tablero de instrumentos del automóvil del arrestado, detenido en la jefatura de policía para registro y revisiones¹⁷.

En el sentido exacto, en cambio, Cas. pen., 07.01.2003, Stc. VI, n. 9933, Miniscalco, *CED* (rv 223977): presupuesto del delito de peculado es la posesión o la disponibilidad del bien ajeno por parte del funcionario público, por una razón de oficio, o sea en consecuencia de las específicas competencias y funciones desarrolladas, que derivan ya sea de normas como de la praxis y costumbres. Al contrario, no entra en la noción de «razón de oficio» la posesión o la consignación, meramente ocasional, del dinero o bien ajeno al funcionario público. De allí resulta que no integra el delito de peculado, sino el de apropiación indebida, agravada ex art. 61 del c.p., n. 11 la conducta de un Alcalde que haya distraído sumas de dinero, que le habían sido consignadas, en vía fiduciaria, por la contabilidad municipal, para disponer el pago de las compensaciones trimestrales del I.V.A.* debidos por la Entidad.

2.4. Dimensión ofensiva y momento de consumación: el peculado como delito eventualmente permanente. La reconstrucción de la ofensividad típica de los hechos de peculado incide también sobre la determinación del relativo momento consumativo. Se piensa comúnmente que el peculado es un delito instantáneo. El asunto va rectamente entendido. Son instantáneos los delitos en los cuales perfección y consumación coinciden: es decir, en los cuales, la ofensa, en su máximo grado, «nace y muere en el mismo instante»¹⁸ en el cual son concretamente realizados todos los extremos de la tipicidad del hecho; no hay espacio para una postergación, y por consiguiente para un agravamiento debido a la duración, de la ofensa típica. Ejemplar el caso del homicidio: tan pronto son realizados los extremos típicos, es decir, en cuanto es ocasionada la muerte de un hombre, la ofensa típica, con ello mismo, ha alcanzado su máximo grado respecto al hecho concreto (en el sentido, banalmente, de que la víctima no puede morir más veces, o con el pasar del tiempo morir «más» de lo que ya esté muerta).

¹⁷ (Cas. pen., Secc. VI, 22.11.1983, n. 943, Marulli, *CED* (rv 162465)).

* Impuesto al valor agregado.

¹⁸ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Padova, 1992, 428.

Dicho esto, se puede decir entonces que el peculado es un delito instantáneo en el sentido de que éste puede ciertamente ser cometido también de forma instantánea; es decir, hay casos en los cuales la ofensa del peculado alcanza su máximo grado en el momento mismo en el cual se realiza la conducta típica.

Son, sin embargo, necesarias dos puntualizaciones. Antes que nada, está implícita en el concepto mismo de apropiación una cierta duración de la conducta. Porque, por ej., el uso de un bien (a menos que no se trate del uso- consumición de bienes consumibles), o la distracción de ella, no asumen relevancia, como apropiación, hasta que la destinación funcional del bien no haya sido comprometida de manera significativa (lo cual vale también para los casos de peculado de uso). Pero también la conducta de retención del bien implica el transcurso de un mínimo de tiempo idóneo para retribuirle el significado de objetiva manifestación de una voluntad apropiativa. En estos casos, tanto la expropiación como la impropiciación implican, estructuralmente, una cierta duración¹⁹. (Sólo la consumición de bienes consumibles, y quizás la alienación pueden probablemente prescindir de una duración en el tiempo. O mejor: en esta hipótesis, la expropiación tiene carácter de definitividad, y por lo tanto implica una duración, pero la impropiciación es necesariamente instantánea).

Este razonamiento, a mi parecer, no puede influir sobre la consumación del peculado en los casos en los cuales el aspecto impropio de la conducta necesita de una cierta duración para perfeccionarse. Una vez transcurrido el tiempo necesario y suficiente para el perfeccionamiento de la conducta típica, es claro que cuanto más dura en el tiempo más se profundiza la ofensa: cuanto más, en efecto, el bien mueble permanece sustraído de su destino público y destinado a provecho privado, mucho más el buen funcionamiento y la imparcialidad de la A.P. resultarán perju-

¹⁹ Una, aun accidental, referencia a la duración (generalmente) implícita en la realización de conductas de apropiación se encuentra por ej. en Cas. pen., Secc. VI, 17. 04. 1989, n. 10386, Callofari, *CED* (rv 181842): «El peculado por apropiación de dinero o bien mueble, perteneciente a la Administración Pública, se realiza cada vez que el funcionario público o el encargado del servicio público que tiene la posesión del bien por razones de oficio, convierta en las propias disponibilidades —por un tiempo mínimo, que sea apreciable— el bien mismo también si ello ocurre con la intención de restituirlo y que luego efectivamente se restituya».

dicados. En estos casos, pues, la duración de la apropiación, el mantenimiento de la situación antijurídica, parecería incidir en el grado de la ofensa – por otra parte parecería demostrado por el hecho que el segundo inciso del art. 314 del c.p. prevea una pena reducida respecto al caso en el cual la duración de la sustracción esté contenida (y el bien restituido inmediatamente después del uso temporáneo)–: con la consecuencia de que el delito se consumará, es decir, la ofensa alcanzará en concreto su máximo grado, precisamente en el momento antecedente a aquél en el cual cesará el mantenimiento de la situación antijurídica.

El peculado, en síntesis, retorna a la categoría de los delitos eventualmente permanentes. Ello repercute, evidentemente, en el plano de la prescripción. Ésta transcurre, en efecto, desde el momento en el cual el delito se ha consumado (art. 157, inc. 1 del c.p.), y por lo tanto desde el momento en el cual la ofensa ha alcanzado el máximo grado de profundización; y esto, respecto al peculado, implica que: en el caso de realización instantánea, la prescripción comienza a transcurrir desde el momento en el cual la conducta se perfecciona; en el caso de realización instantánea, la prescripción comience a transcurrir desde el momento en que la conducta se perfecciona; en el caso de realización permanente, transcurrirá en cambio desde el momento en el cual cesa el mantenimiento del estado antijurídico.

Ambigua parece, en cambio, la afirmación según la cual, puesto que el peculado se consuma en el momento en el cual se perfecciona la apropiación, sería del todo irrelevante la ocurrida restitución en casa de la suma sustraída (Cas. Pen., Stc, VI, 07.06.1989, n. 4495, Regio, RP, 1991, 212): La restitución del bien es irrelevante, a los fines de la configuración del delito, sólo si ocurre cuando la conducta del agente se ha prolongado por el tiempo necesario para hacer de ella una verdadera hipótesis de apropiación, en caso contrario (por ej. en caso de restitución inmediata del bien), sin embargo, ella es evidentemente relevante, ya que excluye una conducta apropiativa. También fuera de este caso, y fuera de los casos de peculado de uso, además, la restitución puede ser relevante, ya que es capaz de incidir, si no más sobre el perfeccionamiento, siempre sobre la consumación del delito, y por lo tanto sobre el transcurso de la prescripción.

3. CORRUPCIÓN

La reflexión en torno a las normas sobre la corrupción dadas a conocer por el principio de ofensividad como criterio hermenéutico pone a la

luz muchas cuestiones particularmente controvertidas. En efecto, no parece exagerado afirmar que la gran parte de las controversias aplicativas en materia de corrupción deriven de una misma problemática de fondo: la exacta individualización del contenido de ilícito de las conductas imputadas y su traducción normativa en el interior de los diversos tipos penales incriminatorios²⁰.

El debate en torno a la aplicación de la disciplina penal de la corrupción evidencia, en particular, al menos cuatro tipos de problemas: A) *Problemas de merecimiento de pena de las conductas*. Algunos de los hechos formalmente subsumibles en las normas sobre la corrupción parecen en realidad carentes de un contenido ofensivo suficientemente significativo: me refiero, por ej., a la corrupción activa antecedente por acto debido, punible en los sentidos de lo dispuesto entre el art. 318, primer inciso, y el art. 321 del c.p., y en la corrupción activa propia subsiguiente, punible en los sentidos del combinado dispuesto entre el art. 319 y el art. 321 del c.p.²¹. B) *Problemas de justa distribución de las responsabilidades entre los diversos sujetos* (al menos dos: corruptor y corrupto) *necesariamente implicados en el acontecimiento corruptivo*. Es esta, como veremos, una problemática aplicativa que emerge de modo particularmente apremiante en el ámbito de las relaciones entre corrupción y concusión. C) Esta exigencia, de una justa distribución de la responsabilidad penal del acontecimiento corruptivo entre funcionario público y privado, por otro lado, trae consigo (o mejor: no constituye más que la otra cara de) una correlativa exigencia de una *justa proporcionalidad de la relación entre hecho y respuesta sancionatoria*: o, si se quiere, una *exigencia de justa distribución de la carga sancionatoria*: problemas de este tipo se dan, no sólo en merito a las ya llamadas relaciones entre concusión y corrupción, sino también, por ej., en relación al art. 319, que después de la reforma del '90 prevé un marco legal unitario (reclusión de

²⁰ He confrontado las cuestiones de las cuales trataré en este parr. 3 en mi *Il «turpe mercato»*, Milano, 2003, al cual me remito, a quien lo quisiese, para mayores argumentaciones.

²¹ En doctrina se han presentado dudas también respecto a la consistencia ofensiva de la corrupción pasiva impropia subsecuente, de la cual en el art. 318, segundo inciso, del c.p.: BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, en *Studi in onore di Santoro Passatelli*, VI, Milano, 1970, 148.

dos a cinco años) tanto para la corrupción propia antecedente como para la corrupción propia subsiguiente²². D) *Problemas de razonable* (o sea: *suficiente y no excesiva*) *extensión de la aplicación de las normas incriminatorias*. La realidad criminológica, emergida desde el inicio de los años '80 pero luego, sobre todo en la primera mitad de los años '90, ha visto en efecto, en muchos casos, una sustancial superación del denominado *modelo mercantil*: frecuentemente los hechos de corrupción no se desarrollan más según el esquema típico del cambio retributivo entre una utilidad indebida, por un lado, y el cumplimiento de actos de oficio individuales, por el otro; y tienden en cambio a asumir caracteres más huidizos. El problema interpretativo que emerge por esta vía está ligado al requisito de la determinabilidad del acto de oficio como objeto de la compraventa corruptiva: con la finalidad de aplicar hechos que aun siendo de segura consistencia ofensiva no tienen por objeto la compraventa de actos de oficio individuales, ¿Hasta qué punto el juez puede extender las redes de la noción de «acto de oficio determinable»? ¿Es posible punir como corrupción un cambio de utilidad sólo porque éste haya sido efectuado *en razón o en consideración del oficio o del servicio* cubierto por el funcionario público (denominado *modelo clientelar*)?

²² La propuesta legislativa ha sido probablemente debido a la dificultad de probar la anterioridad o la posterioridad de la corrupción respecto al cumplimiento del acto contrario a los deberes de oficio: no es inverosímil creer que normalmente un funcionario público que favorezca indebidamente a un privado lo haga porque ha sido estimulado, cuanto menos, por la promesa de una remuneración. Esto, sin embargo, traduce este razonamiento en una unificación de la pena prevista para la corrupción antecedente y para la subsecuente equivale a sancionar una verdadera y propia presunción de antecendencia de la corrupción respecto al acto retribuido, y por lo tanto a determinar las alternativas de dosimetría sancionatoria inspirándolas en el principio *in dubio contra reum*. Una corrupción antecedente, en efecto, es evidentemente más insidiosa que una corrupción subsecuente: solo la primera, realmente, está en grado de influir de manera indebida en la formación de la voluntad del Estado; mientras la segunda anula completamente el propio desvalor en el hecho de la indebida retribución. Cfr. Para todos GROSSO, *Commento all'art. 7 l. 26 aprile 1990 n. 86*, in *LP*, 1990, 290; SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 982-3; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 3ª ed., Bologna, 2002, 216; MANNA, *Corruzione e finanziamento ai partiti politici*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, *Diritto penale*, Milano, 2000, 122; SPENA, *op. cit.*, 261-80.

3.1. *El contenido de ilícito de los hechos de corrupción.* Para afrontar en el mejor modo estas problemáticas aplicativas, como se ha dicho anteriormente, es preciso antes que nada reconstruir el contenido de ilícito de los hechos de corrupción.

El sistema penal italiano concibe la corrupción como un mercado ilícito (*concepción mercantil*²³ o *retributiva*), como una compraventa indebida de actos de oficio, como una retribución, un ir y venir (actual: da/recibe; o potencial: promete/acepta la promesa) de utilidades indebidas que encuentra la propia razón en el cumplimiento, ocurrido o por ocurrir, de una conducta funcional por parte de un funcionario público²⁴.

Este modo de concebir la corrupción explica cuál es la capacidad ofensiva específica y el merecimiento de pena propia de los actos corruptivos, y por consiguiente ayuda a reconstruir el contenido de ilícito.

²³ A ésta se contraponen la concepción clientelar de la corrupción, que puede estar simbólicamente representada por la figura contractual de la donación causal: en el ámbito de ella es suficiente que el ir y venir de utilidades suceda *en razón* de la calidad o del rol revestidos por el agente.

²⁴ Esto se deduce antes que nada de dos circunstancias, muy evocadas en la normativa italiana vigente. Como deriva de lo dispuesto en los arts. 318, 319, 321 y 322 del c.p.: a) el delito consiste, ya no en el cumplimiento (eventualmente indebido) de un acto del oficio, sino en el trueque que lo tenga por objeto, y en efecto, respecto a su consumación, no tiene incidencia alguna el hecho de que el acto trocado sea luego efectivamente realizado (Principio indiscutiblemente reconocido en la jurisprudencia v. Por ej.: Cas. pen. 29 de octubre de 1992, CP, 1994, 1518 y GP, 1994, II, 27; Cas. pen. 29 de octubre de 1985, *Rass. Avv. Stato*, 1985, I, 682; Cas. pen. 26 de enero de 1982, GP, 1982 III, 551; Cas. pen. 25 de enero de 1982, CP, 1983, 1966, con nota de Ferraro); b) es además necesario en la estructura del supuesto de corrupción el establecimiento de una acabada *relación jurídica ilícita* de «prestación y contraprestación» entre dos partes, una de las cuales interviene en razón de haber tenido o de tener la posibilidad de mantener una conducta correspondiente a una función pública.

Desde esta perspectiva, no se da corrupción, en el sentido penal del concepto, donde un funcionario público cumpla un acto injusto en daño o en ventaja de terceros, sin ninguna previa o sucesiva retribución, sino simplemente en motivo de odio o favor. Como tampoco es corrupción —ni aquella pasiva del agente público, ni aquella activa del privado—, pero sí quizás (estructuralmente) una tentativa de uno u otro delito, donde falte el acto de dar o de prometer una retribución indebida y/o el acto de recibirla o de aceptar la promesa.

La corrupción implica, en efecto, la penetración de una actitud mercantil en la gestión de la cosa pública; la invasión, es decir, de la lógica del provecho y de la ganancia privada en un contexto que, en cambio, debería ser inmune e inspirarse en otro espíritu de servicio ético. El corrupto se relaciona a los propios poderes y al propio cargo como en el objeto de una especie de derecho de propiedad, que lo habilita a hacer de esto mercancía de cambio hacia «otra» riqueza. El corrupto demuestra, así pues, concebir la función como patrimonio de derechos y pretensiones, y no como conjunto de deberes.

Esto se da en la práctica corruptiva particularmente insidiosa desde el punto de vista del Estado moderno, que en cambio nace históricamente a través de la «constitución de una *burocracia* profesional, antepuesta y/o agregada a oficios centrales y locales»²⁵, o bien: de una «administración burocrática» e impersonal, y por consiguiente de la superación de la *concepción del oficio público como objeto de propiedad privada (freehold conception of public office)*. La corrupción, desde esta óptica, determina una especie de «*refeudalización*» de la administración estatal, expresando precisamente la conducta del agente corrupto la misma concepción del oficio público como propiedad privada cuya superación, se ha dicho, es uno de los pilares (no el único, pero tampoco el menos importante) del moderno edificio del Estado.

De la individualización del paradigma mercantil proceden una serie de consecuencias de gran interés en mérito al contenido de ilícito de los supuestos de corrupción.

²⁵ Así GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, xxiii; del mismo autor v. También el vocablo *Amministrazione pubblica*, en *Enciclopedia delle scienze sociali*, I, Roma, 1991, 182 ss. Véase también POGGI, vocablo *Stato moderno*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, VIII, Roma, 1998, 356 ss. (part. 362, para las relaciones con la «*burocratización administrativa*»); SCHIERA, vocablo *Stato moderno*, en Bobbio, Matteucci (dir.), *Dizionario di politica*, Torino, 1976, 1006 ss. Sobre el concepto de «burocracia» y sobre el fenómeno de la «burocratización administrativa», v. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1967; ID., vocablo *Burocrazia*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, II, Torino, 1992, 403 ss.; BENCINI, vocablo *Burocratizzazione*, en Bobbio, Matteucci (dir.), *Dizionario di politica*, cit., 112 ss.; GIGLIOLI, vocablo *Burocrazia*, en Bobbio, Matteucci (dir.), *Dizionario di politica*, cit., 116 ss.; ALBROW, vocablo *Burocrazia*, en *Enciclopedia delle scienze sociali*, I, cit., 591 ss.

Queda, antes que nada, bastante claro cuáles son las razones de la incriminación de la conducta del funcionario público corrupto. El funcionario público es castigado porque se comporta como propietario de la función revestida; y, por lo tanto, esencialmente por dos razones: ya sea porque, violando sus deberes posicionales —como el de la gratuidad de la acción administrativa y de no venalidad— se enriquece indebidamente explotando la propia calidad o los propios poderes como mercaderías de cambio hacia una privada retribución; o ya sea por el hecho de que él se relaciona a la propia cualidad como si ésta fuese el objeto de un dominio privado susceptible de repercutir sobre la acción de la A.P.²⁶; y esto especialmente en los casos de corrupción antecedente, ya que es indudable que los hombres normalmente se dejan influenciar en sus propias acciones por el hecho de haber recibido compensaciones o ante la perspectiva de recibirlas. En el contenido de ilícito de la corrupción pasiva se suman, por tanto: a) el hecho (*proprio del intraneus*) de aceptar retribuciones indebidas para el cumplimiento de actos de oficio, y por consiguiente de enriquecerse a través de la venta de actos de oficio, en violación de los propios deberes posicionales; b) el peligro de que la conducta del funcionario público, y por lo tanto la acción de la A.P., sean influenciadas por las pretensiones y por las expectativas generadas por el cambio retribución/acto, con consecuente «daño relacional ya sea a la «credibilidad» del funcionario en particular y a la posibilidad de fenómenos de repetición y de limitación por parte» de los colegas del funcionario público corrupto, «o ya sea a la confianza de los coasociados sobre la efectividad de las valoraciones y de las adopciones completadas por la administración pública»²⁷, y en términos más generales, por consiguiente, con una lesión de la imparcialidad y del buen funcionamiento de la administración pública²⁸.

²⁶ En efecto, «si... la activación del funcionario supusiese la retribución privada; habrían graves consecuencias. El funcionario, para cumplir el acto, atendería la retribución privada; y, en esta espera, podría retardar la realización del interés público conexas al acto; además, éste estaría inducido a anteponer el cumplimiento de actos que interesan a los privados susceptibles de ofrecer remuneraciones mayores, al cumplimiento de actos que interesan a otros privados (...) En fin, podría cumplir hasta, si son adecuadamente retribuidos, actos contrarios a su deber de oficio» (PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, PE, I: *Delitti contro la Pubblica amministrazione*, Milano, 2000, 150).

²⁷ SEMINARA, *Gli interessi*, cit., 976.

²⁸ En base a la naturaleza (corrupción propia o impropia) y/o al mismo tiempo (corrupción antecedente o subsiguiente) de los actos de compraventa, el contenido

Pero la concepción mercantil contribuye también a explicar las razones de la incriminación de la corrupción activa. Desde el punto de vista de la relevancia penal de la conducta del corruptor, el paradigma mercantil pone en evidencia, en efecto, que el acto de oficio constituye una concreta manifestación de la «voluntad funcional» del Estado, y que por lo tanto el particular que lo adquiriera aspira con ello mismo a sustituir a esta última la voluntad propia y en el interés general la consideración egoísta del propio interés individual. El contenido de ilícito de una corrupción activa reside pues en la aspiración del particular de modo que el funcionario público se determine a ejercitar la propia actividad de oficio considerando, entre las determinantes cualitativas de ella, también la oferta o la promesa dirigidas a ellos; y por lo tanto en la aspiración de manipular en favor propio la voluntad funcional del Estado, y de orientar en este sentido la acción de la administración pública.

En síntesis, pues, las razones que justifican la punibilidad del corruptor son diversas (aunque parcialmente especulares) respecto a aquéllas que justifican la punibilidad del corrupto. (Lo cual no debe sorprender, si se considera que corrupción activa y corrupción pasiva constituyen, ya no los dos segmentos de un único delito plurisubjetivo, sino dos delitos autónomos.). El deber de no conducirse hacia los poderes conexos al oficio público como si éste constituyese objeto de dominio privado (o sea el deber de no hacer de él un objeto de indebida disposición con retribución privada) lo carga, en efecto, sólo el funcionario público: ciertamente no el privado, que de aquellos poderes no es el titular. Pues mientras, punimos al corrupto ya por el hecho mismo de la aceptación de una retribución indebida, la punibilidad del corruptor no puede en cambio derivar del simple hecho de contribuir al enriquecimiento indebido del funcionario público: si fuese así, realmente, se castigaría al corruptor por aquello que, desde su punto de vista, no es otra cosa que un costo. La razón de la punibilidad del corruptor no está directamente en la indebida retribución, sino más bien en la *causa* de ella, y es decir en el vínculo teleológico que

de ilícito de la corrupción pasiva, ya emergente del simple hecho de la recepción de utilidades indebidas, se enriquece de ulterior significado, según la mayor o menor inminencia o consistencia del peligro acarreado a los bienes de la imparcialidad y/o del buen funcionamiento de la A.P.

aquél instaure entre la utilidad indebida y un cierto acto de función: o sea en el hecho de que éste, mediante la indebida retribución, busque disuadir la acción pública de su previsto desarrollo para dirigirla en favor propio; que éste busque influir en la formación de la voluntad del Estado, modificándola indebidamente en ventaja propia, y que éste materialice esta aspiración suya de la manera más insidiosa, es decir, solicitando la venalidad de la persona del funcionario público.

3.2. *Los límites de la relevancia penal de la corrupción activa.* Reconstruido el contenido de ilícito de los supuestos de corrupción, podemos ahora afrontar con mayor conciencia algunas de las cuestiones aplicativas de las cuales más arriba se ha hecho mención.

Comienzo por aquella ya indicada *supra*, en la letra A: existen algunas hipótesis en las cuales una aplicación rígida y formalista de las normas sobre la corrupción podría llevar a la incriminación de conductas evidentemente privadas del requerido merecimiento de pena. En estos casos se genera una verdadera y propia antinomia de principios, o sea un conflicto entre principio de legalidad en materia penal, que impondría al juez aplicar una norma incluso si ésta castiga hechos evidentemente inofensivos, y principio de ofensividad, que en cambio impondría al juez no castigar hechos privados de una carga ofensiva significativa.

La cuestión, como se ha señalado, se pone, de modo particular, en relación a los tipos penales de corrupción activa. Como es sabido, de la aplicación del Art. 321 del c.p., respectivamente en combinación con lo dispuesto en el Art. 319 y en el primer inciso del Art. 318 del c.p., se deriva que el particular es punible incluso en el caso de *corrupción propia subsecuente* y de *corrupción impropia antecedente por acto debido*. En el riguroso respeto de la ley penal, pues, el juez debería punir al particular que retribuya a un funcionario público por un acto indebido que éste, sin embargo, ya ha realizado, o bien para que el funcionario público realice un acto que tiene el deber de cumplir, y lo cumpla precisamente en los modos y en el tiempo en el cual él debe hacerlo.

En ninguno de estos dos casos, sin embargo, subsisten razones suficientes para justificar la punibilidad del particular²⁹: ya que en ninguno de

²⁹ SPENA, *op. cit.*, 265 ss., 598-9. Análogamente BALBI, *I delitti di corruzione*, Napoli, 2003, 52-3. También FORNASARI (*I delitti di corruzione*, en Bondi, Di Martino, Fornasari,

los dos casos la conducta del particular posee (aquello que se ha visto esta en) el contenido de ilícito de una corrupción activa.

En el caso de la corrupción subsecuente, por ej., el particular con su retribución, teniendo ésta como objeto un acto ya realizado, no puede más de algún modo influir sobre la acción pública. Lo que resulta implícitamente reconocido por el mismo legislador desde el momento en el que ha decidido dejar impune la corrupción activa subsecuente impropia. Tampoco, como es obvio, las cosas se ponen de otra manera, desde este punto de vista, según que el acto, ya realizado, fuese conforme o contrario a los deberes de oficio. En realidad, la abstracta punibilidad, *ex* Arts. 319-321 del c.p., de la corrupción activa propia subsecuente (exactamente como la misma equiparación entre corrupción propia antecedente y subsecuente) *prescinde de la ofensividad de las conductas incriminadas*, y se justifica, en cambio, sólo sobre la base de exigencias de prevención general y, sobre todo, de simplificación probatoria. Es como si el legislador considerase absolutamente inverosímil una corrupción activa (y, en consecuencia, también pasiva) propia subsecuente, la cual sería tan inofensiva como privada de finalidad, al menos en la perspectiva del particular. Y esta circunstancia en vez de inducirlo a excluir la punibilidad de la corrupción activa propia subsecuente – como lo ya hecho para la impropia – , lo ha conducido en la dirección opuesta, es decir, borrando toda divergencia entre *antes y después*, en la insuperable convicción de que en la realidad la corrupción ocurre siempre *antes*. La lógica subentendida en la punición de la corrupción activa propia subsecuente es pues aquélla de los *delitos de sospecha*, «delitos que conciernen comportamientos en sí ni lesivos ni peligrosos para algún interés, pero que dejan *presumir* la comisión no comprobada o la futura comisión de delitos»³⁰; privada en efecto de cualquier autónomo contenido

Reati contro la Pubblica Amministrazione, Torino, 2004, 202) concuerda con el hecho de que en los casos de corrupción subsecuente «no parece connotada por una particular ofensividad la conducta del *extraneus*», y que esta circunstancia pueda «ser valorizad[a] *de jure condendo*».

³⁰ Así MANTOVANI, *Diritto penale*, PG, Padova, 1992, 231-2, el cual además incluye expresamente entre los delitos de sospecha la corrupción pasiva impropia subsecuente: inclusión que no parece del todo correcta, puesto que – como se ha demostrado – los hechos punidos por el Art. 318, segundo inciso, del c.p. poseen indudablemente una propia, autónoma y bien definida carga ofensiva.

de ilícito, ésta se incrimina sólo en razón de la sospecha (de la presunción *iuris et de iure*) de que detrás de allí se esconde siempre una corrupción propia antecedente. (Ello además explica, aunque se trate de una lógica aberrante, por qué las dos formas de corrupción propia, antecedente y subsecuente, son castigadas con la misma pena).

En cuanto a la corrupción activa antecedente por acto debido, vale pues un discurso análogo³¹: aquí el particular retribuye al funcionario público para que éste cumpla un acto que tiene el deber de cumplir, y por tanto, para que ocurra exactamente aquello que debe ocurrir, no se puede decir, por lo tanto, que él aspire a influenciar indebidamente la voluntad del Estado, la cual en realidad se ha ya manifestado en el momento en el cual el ordenamiento ha estatuido el deber de cumplir dicho acto: aquél aspirará, a lo más, a modificar la voluntad del funcionario público, en caso de que éste, por ej., haya amenazado con no cumplir su propio deber, a fin de asegurar la conformidad a la voluntad del Estado; pero esta circunstancia, evidentemente, no puede jugar en desventaja del particular. Desde un punto de vista teleológico, en definitiva, retribución por un acto ya realizado y retribución por un acto debido se equivalen perfectamente. En efecto, quien remunera a un funcionario público por un acto debido antes que éste se haya realizado, exactamente como quien lo remunera después de la realización del acto, no «modifica» en absoluto la voluntad del Estado: ésta, ya antes de la corrupción, tenía por objeto precisamente el cumplimiento de aquel acto, y con las mismas modalidades. Además, ya sea desde un punto de vista lógico o teleológico, remunerar a alguien para que *cumpla un acto que debe cumplir* equivale exactamente a remunerar a alguien para que no cumpla aquello que no debe cumplir (en ambos casos al funcionario público se le paga *para que no viole sus deberes*). Y respecto a esta última hipótesis está pacíficamente excluida la responsabilidad del particular, quienes al contrario (donde la iniciativa sea del funcionario público y éste lo obligue a remunerarlo) es víctima de una concusión: lo mismo pues deberá valer también en orden a la primera hipótesis.

Tanto en la corrupción propia subsecuente como en la corrupción por acto debido, en definitiva, el particular que retribuya al funcionario

³¹ Cfr. SPENA, *op. cit.*, 280 ss., 595.

público *o* es obligado a hacerlo (por el funcionario público³² o por disfunciones en la maquinaria administrativa que no sería justo imputarle), *o bien* lo hace con el fin de cautivar una genérica simpatía no ligada al cumplimiento de actos determinables, con la esperanza de que el funcionario público – en un futuro aún impreciso – se recordase de ello, *o ya bien* está palpando el terreno con el fin de analizar la eventual corruptibilidad del funcionario público. En todos estos tres casos, me parece, estamos bastante alejados de conductas de la consistencia ofensiva suficiente para fundamentar el merecimiento de pena.

Y en efecto:

- a. Es difícil justificar la punibilidad del particular que sea obligado a pagar para obtener (o por haber obtenido) aquello que tiene derecho de obtener gratuitamente;
- b. Igualmente inofensiva es la conducta del particular que dé o prometa ventaja al funcionario público, no tanto para retribuirlo por algún acto debido o ya realizado, como para cautivar con ello las simpatías: ofensiva para la A. P. es, en el peor de los casos, la conducta del funcionario público que, recibiendo utilidades indebidas por un acto debido o ya realizado, esta por lo menos violando el propio deber de no explotar la propia posición funcional para enriquecerse indebidamente. En hipótesis de este género, se puniría al particular, no por la circunstancia ofensiva de su conducta, sino por una más o menos realista *esperanza* suya de un futuro agradecimiento del funcionario público en sus consideraciones;
- c. El mismo razonamiento vale, en sustancia, también para el caso en el cual el particular haya tenido la intención de verificar la corruptibilidad del funcionario público: tampoco ésta parece una buena razón para incriminar las conductas de corrupción subsecuente propia (además de la impropia) y de corrupción antecedente por acto debido: se trata, en efecto, de *actos meramente preparatorios* de una «verdadera corrupción», de maniobras pre-corruptivas, inmorales y

³² Por ej., por el funcionario público que amenace con no cumplir el acto debido, o que pretenda ser remunerado por haber hecho un favor al particular, amenazando futuras retorsiones.

maliciosas cuanto se quiere, pero aún siempre privadas de los caracteres de una verdadera corrupción.

Verdaderamente de cuanto precede, debería estar claro en qué sentido la aplicación de las normas sobre la corrupción activa propia subsecuente y sobre la corrupción activa por acto debido supone un conflicto entre legalidad y ofensividad.

Confieso enseguida que al problema, puesto así, no estoy en condiciones de proveer soluciones que a mí mismo parezcan definitivas e incontrovertibles. Todo lo que puedo hacer es explicar las razones de mi preferencia personal por una solución del conflicto que haga prevalecer el principio de ofensividad: soy conciente, sin embargo, de la estructural caducidad de los argumentos que puedo aducir a favor de ella. El punto es éste: si es verdad que la ofensividad es un principio hermenéutico irrenunciable en materia penal, y que por lo tanto sea necesario aplicar las normas incriminatorias exclusivamente respecto a hechos que sean portadores de una carga ofensiva significativa, a mí me parece que este razonamiento puede ser llevado a sus extremas consecuencias, y por consiguiente obrar también en el caso en que deba derivarse la inaplicación de una norma en su totalidad (como en los casos ahora en discurso: en los que está en cuestión la misma aplicación de la norma sobre la corrupción activa propia subsecuente y de aquella sobre la corrupción activa antecedente por acto debido). Es verdad que de este modo el juez terminaría por ejercitar un poder de modificación normativa que, en línea de principio, no le compete³³. Pero esta objeción, de por sí perfectamente fundamentada, se arriesga a parecer formalista y poco práctica: de hecho, el juez ejercita continuamente un poder de modificación normativa; la teoría de los criterios de la interpretación y de la solución hermenéutica de las antinomias, es inútil desconocerlo, es un aparato de argumentos a través de los cuales los jueces y, más en general, los intérpretes, justifican verdaderas y propias modificaciones de normas. Por otra parte, si es verdad que en materia penal el principio de legalidad tiene una dignidad absoluta, es también verdad que ello tiene que ver esencialmente con las garantías para el individuo: y que

³³ Así en efecto BALBI, *I delitti*, cit., 53, nt. 90, en relación a una propuesta interpretativa que yo había presentado en *Il «turpe mercato»*, cit., 261 ss.

El principio de ofensividad en la interpretación de las normas sobre...

por consiguiente, quizás, aquella dignidad es, por decir así, un poco menos absoluta en cuanto están en cuestión reducciones interpretativas *in bonam partem*. (No al azar, al menos en doctrina, se ha dispuesto reconocer la admisibilidad de una analogía *in bonam partem* en materia penal).

En base a estas premisas me parece, entonces, practicable (aunque, repito, no incontrovertible) una solución aplicativa por la cual – no obstante el claro tenor de las disposiciones involucradas– el particular no será castigado ni por corrupción propia subsecuente, ni por corrupción impropia antecedente por acto debido. Se trata, de ello soy muy conciente, de una verdadera y propia inaplicación de dos normas en realidad existentes: pero es importante que quede claro que no se trata de una conclusión arbitraria, sino más bien de la solución de un conflicto entre principios, y por lo tanto de la aplicación *in bonam partem* del principio de ofensividad en preferencia al principio de legalidad.

Una lectura en negativo de este razonamiento – es apenas del caso precisarlo – es que las normas sobre la corrupción activa sean aplicadas en el sentido de considerar punibles exclusivamente:

- a) La corrupción activa propia antecedente;
- b) La corrupción activa impropia antecedente por acto discrecional.

Sólo en estos casos, en efecto, el particular remunera al funcionario público en la perspectiva de obtener con ello a cambio un tratamiento mejor de aquél que se podría esperar en base a un ejercicio correcto de las propias funciones por parte del funcionario público y, por consiguiente, para hacer que la consideración de su interés privado entre en la formación de la voluntad estatal, para así orientarla en el sentido deseado. También en la corrupción por actos discrecionales, ciertamente, el particular –si no aspira a la realización de un acto ilegítimo– tiene, de todos modos, por finalidad que el funcionario público realice, entre más actos posibles igualmente legítimos, aquello para él más favorable, o del mismo modo por él deseado y «obtenido». En tal caso, por lo tanto, la corrupción parece entendida, si no como una «falsificación» de la voluntad del Estado, cuanto menos como una «manipulación» de ésta.

Tampoco se puede decir que la limitación, aquí sugerida, de la responsabilidad para la corrupción activa impropia, solamente en los casos de ejercicio de actividad discrecional, cree serios vacíos de tutela: es del todo evidente, en efecto, que las hipótesis en la práctica ampliamente más rele-

vantes, entre aquéllas en las que está en cuestión una responsabilidad del particular, son precisamente aquéllas en las que la actividad en compraventa tiene carácter discrecional. En las hipótesis de compraventa de acto debido, en cambio, normalmente se tratará o de mera concusión (en la que la punibilidad del funcionario público parece agotar el entero disvalor del hecho) o de simples dádivas, privadas de real consistencia ofensiva.

Donde, sin embargo, no se acepten las conclusiones aquí sugeridas, me pregunto si los jueces están cuanto menos dispuestos a hacer, en estos casos, una aplicación sistemática de la atenuante especial de la cual habla el Art. 323-*bis* del c.p., valorando que –ya en abstracto– los hechos de corrupción activa propia subsecuente e impropia por acto debido, sean siempre, por necesidad conceptual y axiológica, «de particular tenuidad».

3.3. Distinción entre corrupción propia y corrupción impropia en relación a la compraventa de actos discrecionales. Conexa a las conclusiones hasta ahora alcanzadas, está otra problemática, que tiene que ver con aquel aspecto del principio hermenéutico de ofensividad que consiste en la exigencia de una justa determinación del cargo sancionatorio, proporcionado – antes que nada – por la consistencia ofensiva de la conducta incriminada. Me refiero a las cuestiones relativas a la corrupción por actos discrecionales.

Una primera dificultad respecto a la idea de limitar la punibilidad del particular por corrupción impropia solamente en los casos de retribución por actos discrecionales parecería derivar de la circunstancia de que en la distinción, teóricamente neta, entre acto debido y acto discrecional, no siempre corresponde en los hechos la posibilidad de diferenciar de manera igualmente neta el ámbito de efectiva incidencia del ejercicio de poderes discrecionales respecto a la realización de actividades debidas³⁴. Además: «ningún acto está, normalmente, absolutamente vinculado ni, de modo inverso, ningún acto es totalmente discrecional»³⁵. Más bien, ocurre normalmente que la adopción de una disposición es regulada de modo tal que

³⁴ Sintetiza felizmente el punto M.S. GIANNINI (*Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 268): «la disposición administrativa viene a presentarse con algunos elementos vinculados – o sea predeterminantes por la norma – y con otros discrecionales ».

³⁵ BARONE, *Discrezionalità: I*, *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989, 8, y allí una clara ejemplificación de lo antes dicho.

éste deba decirse en igual tiempo vinculado, para algunos aspectos, y discrecional para otros: de vez en cuando, por ej., la discrecionalidad inviste, no tanto el *an* de la adopción de un cierto acto, ni su contenido, sino más bien su *tempos* o en general su *quomodo*³⁶.

Esto representaría, sin embargo, una dificultad más aparente que real. En todas estas hipótesis, ciertamente, por cuanto el acto a cumplir parece «debido» (al menos en su núcleo significativo), éste es simplemente «menos discrecional» que otros: al funcionario público, en efecto, quedan, de todos modos, algunos márgenes de apreciación valorativa; de modo que no se puede negar que el particular que lo retribuya pueda tener la aspiración de influenciar con ello la conducta propia en la valoración de los aspectos discrecionales (incluso marginales) del comportamiento por tener, y aspire, por consiguiente, a obtener un tratamiento (globalmente) mejor de aquél que de lo contrario, de modo legítimo, habría podido aspirar.

Superada esta primera, aparente, dificultad, se presenta inmediatamente una segunda, de muy buena consistencia, que, especialmente en el pasado, ha comprometido tanto a la doctrina y a la jurisprudencia: la búsqueda del criterio, o de los criterios, por los cuales establecer si un cierto acontecimiento de corrupción que tiene como objeto una conducta discrecional deba calificarse como corrupción propia o corrupción impropia.

La discusión se da esencialmente en razón de aquel tanto de libertad, por decirlo así, que necesariamente connota el concepto mismo de poder discrecional y que, al menos a primera vista, se hace problemático encuadrar el relativo ejercicio en las rígidas categorías de la «contrariedad» y de la «conformidad» respecto a los deberes de oficio. Es como si estas dos categorías, precisamente por el hecho de referirse al concepto de *deber* de oficio, fuesen del todo incapaces de tomar y calificar de modo adecuado aquella libertad de apreciación de la que la realización de un acto discrecional constituye expresión.

³⁶ V. por ej. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 266.

Constituyen expresión de esta idea de fondo, por ejemplo: a) la tesis según la cual aquélla por acto discrecional sería necesariamente una corrupción impropia, en cuanto al acto discrecional, constituyendo fruto de una (absoluta) libertad de apreciación del funcionario público, sería siempre legítima; b) como también la tesis opuesta – sostenida por una parte de la jurisprudencia italiana hasta hace no mucho tiempo atrás³⁷ – que la corrupción por acto discrecional sea siempre propia, en cuanto al funcionario público, una vez aceptada una indebida remuneración por el cumplimiento de una conducta funcional respecto a cuyas modalidades de realización él goza de una cierta libertad de elección, perdería su propia imparcialidad en las consideraciones de los intereses (públicos y privados) que se someten a comparación, es así que el acto por cumplir resultaría en todo caso viciado por exceso de poder.

Ambas visiones son en realidad inadecuadas. La primera efectivamente se fundamenta en la idea, del todo superada, de que el ejercicio de un poder discrecional constituye el objeto de un verdadero y propio «señorío» de la autoridad administrativa³⁸, y dé por tanto lugar a actos meramente internos a la A. P.: actos, por consiguiente, absolutamente libres. Hoy, en cambio, es del todo indiscutible que también el ejercicio de un poder discrecional tiene como finalidad el cuidado de un interés público, siendo éste «de cualquier modo ... siempre dependiente y controlable (ya que son tutelables los intereses jurídicamente protegidos sobre los cuales incid[e])»³⁹. La segunda tesis parte en cambio de una asunción de sentido común en definitiva compartible: de norma, es natural que el funcionario público que recibe dinero por cumplir un acto discrecional estará inducido a prestar «un tratamiento especial» a la situación de quien lo ha corrompido. De esta asunción, sin embargo, no se puede obtener ninguna conclusión de carácter general en orden al tipo de corrupción realizada, ya que es muy posible

³⁷ V. Cas. pen. del 14.2.1970 y Cas. pen. del 20.3.1968, citadas en PAGLIARO, *Corruzione per il compimento di atto discrezionale*, en *Il processo Lockheed*, Suplemento de GC, 1979, 443; y Cas. pen. n. 154250 del 12.6.1982, citada – junto a otras – en ROMANO, *I delitti dei p.u. contro la P.A.*, Milano, 2002, 169.

³⁸ Sobre esta idea, v. BARONE, vocablo *Discrezionalità*: I, cit., 1 s.

³⁹ PIRAS, vocablo *Discrezionalità amministrativa*, en *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, 72.

que el interés del corruptor, por el que el funcionario público corrupto – por el solo hecho de la corrupción – terminaría por ser partidario, pueda concretamente coincidir con el interés público en vista de cuya realización el poder discrecional es conferido⁴⁰.

Desestimable es también la teoría (análoga a la vista de lo último) denominada de la presunción, o del peso interior, por la cual la corrupción por acto discrecional sería siempre corrupción propia ya que «la aceptación de la promesa o de la dación ilícita representa para el funcionario público, al menos normalmente, un ofuscamiento de juicio; que por la sola promesa o dación de una ventaja él se aproxima al acto por realizar con un peso interior (*mit einer inneren Belastung*), que vicia con ello la imparcialidad y lo hace así autor de un acto contrario a los deberes de oficio; y no tiene importancia alguna que la decisión adoptada sea objetivamente justa, así como tampoco tiene importancia la reserva mental de actuar según la conciencia»⁴¹.

La tesis una vez más no distingue «entre aceptación de ventaja y contrariedad a los deberes»⁴², ni considera que la naturaleza, propia o impropia de una corrupción depende exclusivamente del tipo de acto que constituye objeto.

Esta última objeción se puede poner en evidencia también en la denominada *teoría de las consideraciones no pertinentes*, en base a la cual habría corrupción propia tantas veces se pruebe que el funcionario público se ha

⁴⁰ PAGLIARO, *Corruzione per il compimento di atto discrezionale*, cit., 443; ROMANO, *I delitti dei p.u.*, cit., 169. Además, la tesis en mención no considera que la distinción entre corrupción propia e impropia se fundamente, ya no en la parcialidad o imparcialidad del funcionario público, como en la ilegitimidad o legitimidad del acto vendido. La tendencia a proyectar inevitablemente sobre el acto la naturaleza no imparcial del funcionario público, de cualquier modo, deriva una vez más del hecho de configurar el ejercicio de un poder discrecional como expresión de una absoluta libertad del funcionario público, al punto de considerar que en el acto por realizarse por parte del funcionario público se reflejan ineluctablemente las cualidades personales adquiridas, por efecto de la corrupción, de su «autor».

⁴¹ Ésta es la reconstrucción que hace VASSALLI (en *Corruzione propria e corruzione impropria*, en GP, 1979, II, 318) del planteamiento subentendido a las dos sentencias RGSt. 74, 251 de 1940 y RGSt. 77,75 de 1943.

⁴² GIANNITI, *Il problema della corruzione del pubblico ufficiale dotato di potere discrezionale*, en SP, 1969, 180.

dejado orientar, en la adopción de la medida, por la consideración de la utilidad recibida (o por la relativa promesa), aparte de la conformidad del acto respecto a los intereses públicos cuyo trámite se está realizando; se tendría en cambio corrupción impropia en el caso en el cual el funcionario público haya adoptado la medida «sin pensar» en la retribución indebida aceptada. La teoría, una vez más, olvida que la naturaleza propia o impropia de la corrupción depende, ya no del comportamiento —sea cual sea— del funcionario público, sino del tipo de acto que ha sido concretamente objeto de negociación⁴³.

Según una exigencia de objetivación del juicio se ha propuesto por último⁴⁴ centrar la distinción entre corrupción propia e impropia en los casos de acto discrecional en la conformidad, o contrariedad, del acto compravendido respecto a las reglas para un correcto ejercicio del poder discrecional. La tesis se apoya sobre la cuestión, condivisible, de que discrecionalidad no equivale a arbitrio, y que la atribución de un poder discrecional constituya más bien un instrumento para consentir una mejor y más ponderada persecución de aquellos intereses públicos que la misma norma, que confiere el poder, dispone de regla a especificar. Existen pues reglas (aunque sean menos rígidas que otras) que establecen los límites dentro de los cuales el ejercicio del poder discrecional puede decirse legítimo: reglas cuyas violaciones resultan discutibles por parte del juez, sin que con ello sea preciso entrar en el mérito de las elecciones de oportunidad efectuadas por la administración. Y precisamente la violación de las reglas relativas a un correcto uso del poder discrecional es asumida como indicador esencial de la ilegitimidad de un acto⁴⁵, y por tanto de la naturaleza propia del pacto corruptivo que lo tenga por objeto. «Es pues en el dere-

⁴³ La teoría, además, —al menos en la versión que aquí se recuerda— yerra también al hacer referencia al juicio en cuanto a la contrariedad o la conformidad del acto en los deberes de oficio (y, en consecuencia, al juicio respecto a la naturaleza impropia o propia de la corrupción) en la prueba del comportamiento (*rectas*: del comportamiento) tenido por el funcionario público en el momento del efectivo cumplimiento del acto, antes que en el tipo de comportamiento que éste, en el momento del pacto ilícito, se empeña en cumplir.

⁴⁴ PAGLIARO, *Corruzione per il compimento di atto discrezionale*, cit., 445; VASSALLI, *Corruzione propria*, cit., 315 y 329 ss.

⁴⁵ PAGLIARO, *Corruzione per il compimento di atto discrezionale*, cit., 445.

cho administrativo sin intrusión de criterios penales (donde éstos no sean expresa y unívocamente impuestos por la norma penal) donde es necesario introducirse para juzgar si un acto discrecional es o no contrario a los deberes de oficio⁴⁶».

Se tendría, pues, una corrupción propia toda vez que el acto discrecional, que el funcionario público – ante una remuneración indebida por parte de un privado – se empeñe en cumplir, sea un acto viciado por incompetencia, violación de ley o exceso de poder⁴⁷. En los otros casos se tendrá una corrupción impropia.

Esta solución parece ampliamente compartible, pronosticando resultados suficientemente seguros y siempre coherentes (a diferencia de las otras aquí examinadas) con la estructura mercantil de los delitos de corrupción y con la centralidad que el requisito del acto de oficio, como objeto de compraventa, asume. Ella, no obstante, suscita alguna interrogante. Antes que nada, la referencia a los vicios del acto administrativo parecería implicar que el criterio sugerido no pueda operar más allá del específico ámbito de la corrupción administrativa en sentido estricto: ¿Cómo distinguir, pues, entre corrupción propia y corrupción impropia en el caso de ejercicio de un poder público jurisdiccional o legislativo, en que el reclamo a las patologías del acto administrativo parecería inadecuado? En segundo lugar, me parece que hay una hipótesis que esta teoría califica como corrupción impropia en la que en cambio, observándolo bien, se hayan presentes los presupuestos de una corrupción propia; se trata del caso en que *el funcionario público, por fuerza de la corrupción, asume el compromiso de cumplir un acto que, aun ubicándose entre aquellos abstractamente legítimos, no es sin embargo aquél que habría realizado de otro modo*⁴⁸. En efecto, la ley atribuye a un funcio-

⁴⁶ VASSALLI, *Corruzione propria*, cit., 329. En el mismo sentido, ya ROMANO, *Fatto di corruzione e atto discrezionale del pubblico ufficiale*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 1315.

⁴⁷ VASSALLI, *Corruzione propria*, cit., 330 ss.

⁴⁸ Éste es, en síntesis, el núcleo esencial de la denominada teoría de la motivación objetivada, tematizada sobre todo por LEVI, *Delitti contro la Pubblica amministrazione*, en E. Florian (coord.), *Trattato di diritto penale*, 4ª ed., Milano, 1935, 138 ss., y por consiguiente retomada y ulteriormente desarrollada por ROMANO, *Fatto di corruzione*, cit., 1317 (para el cual «el acto discrecional ... es siempre contrario ... por el solo hecho de que han confluído en él la consideración de intereses privados»). V. también ID., *I delitti dei p.u.*, cit., 169.

nario público un poder discrecional a fin de que éste lo use para encontrar, en la situación concreta, la solución más justa y adecuada que contempere de la mejor manera todos los intereses en cuestión. El ordenamiento, en tal modo, confía plenamente en el juicio del funcionario público: el acto que éste, después de una ponderación de los intereses en juego, decidirá realizar será, desde la perspectiva del ordenamiento, «el acto justo», es decir, el acto que realiza el deber del mejor balanceamiento posible entre los intereses implicados en una cierta situación concreta. Esto verdaderamente, donde pueda decirse que, por fuerza de la corrupción, el funcionario público se compromete a cumplir un acto diferente de aquél que de otro modo habría realizado, se deberá considerar que el elemento decisivo que rige la elección de un determinado acto es, precisamente, la corrupción (atendiendo a que sin ésta aquél acto no habría sido elegido); y que, por consiguiente, el balanceamiento de intereses que se expresa en el acto en cuestión no es, en el juicio del mismo funcionario público, lo mejor posible en la óptica de un ejercicio desinteresado de los poderes públicos: en la práctica, por lo tanto, el funcionario público, que se compromete a cumplir un acto diferente de aquél que habría de otro modo cumplido, se compromete *ipso facto* a violar el propio deber de oficio (que, en el caso de ejercicio de un poder discrecional, le impone encontrar el mejor balanceamiento posible entre intereses, en vista del perseguimiento de las finalidades públicas). Se piensa, por ejemplo, en el caso en el cual en el momento de la estipulación del pacto ilícito el funcionario público no sepa todavía qué tipos de acto tendrá la ocasión de cumplir en relación al asunto que interesa al corruptor, o también cuál será en concreto el acto que mejor efectúa el interés de éste: y que, no obstante esto, el funcionario público se comprometa a dejarse influenciar *en todo caso* por la consideración del interés del corruptor; se comprometa, es decir, a cumplir *en todo caso* el acto más favorable para él. Aquí me parece innegable que los dos sujetos se han puesto de acuerdo para que el funcionario público viole sus deberes propios. Se tratará, por consiguiente, de corrupción propia⁴⁹.

⁴⁹ Se tendrá en cambio corrupción impropia, siempre que no puedan configurarse los extremos de una concusión (a cargo del funcionario público y a descargo del privado), en el caso en el que la retribución sea efectuada con el fin de que el funcionario público actúe exactamente en el modo en el que éste habría de otro modo actuado, y cumpla el acto, por tanto, «sin ninguna interferencia del interés

3.3. Determinabilidad del acto de oficio. Como se ve de cuanto se ha venido hasta ahora diciendo, el requisito del acto de oficio tiene una función esencial en la reconstrucción del contenido de ilícito de los hechos de corrupción: y esto es la de *concretizar* la idea misma de la corrupción como mercado ilícito, y por tanto como «retribución indebida por acto de oficio». No toda dación/recepción o promesa/aceptación de utilidad a, o por parte de, un funcionario público, dan lugar a corrupción; sino solamente aquéllas que constituyan *contraprestación* de una *conducta funcional* cumplida o por cumplir. El acto de oficio sirve, por tanto, para llenar de significado los tipos penales de corrupción y para canalizar el desvalor de éstos hacia aquella significación ofensiva que las caracteriza mayormente. En efecto, la *cualidad* (conforme o contraria a los deberes de oficio) y las *características* (discrecional o menos) *de la actividad «compravendida» y su relación cronológica con el momento de la corrupción* (anterior o posterior respecto a ésta) son elementos esenciales para fundamentar el juicio acerca del contenido de ilícito de los hechos de corrupción. De su combinación depende, en efecto, la determinación del *an* y del tipo de corrupción eventualmente realizado.

Ello implica que la conducta funcional, objeto de corrupción, deba ser *al menos determinable*. Es obvio, en efecto, que no pueda tenerse retribución de aquello que no está cuanto menos determinado por lo menos en el género. Pero sobre todo, sólo la determinabilidad del acto permite establecer si la entrega de utilidad tenga por finalidad la retribución de un funcionario público para una cierta actividad de oficio; si tal actividad corresponde al ámbito de aquéllas hechas posible por la calidad de funcionario público revestida por el sujeto corrupto; si ella está aún por cumplirse o ya haya sido cumplida; si constituya, o menos, explicación de un poder discrecional; si es conforme o contraria a los deberes del funcionario público. La cualidad ofensiva concreta de los hechos de corrupción, en definitiva, depende de la cualidad concreta del objeto relacionado.

Las investigaciones judiciales y criminológicas de los últimos veinticinco años muestran sin embargo que la fenomenología de los acontecimientos corruptivos tiende frecuentemente a asumir una fisonomía no

ajeno, sólo después del escrupuloso sopesamiento de todo otro interés pertinente, y sólo en grado de efectuar el mejor interés general» (ROMANO, *I delitti dei p.u.*, cit., 169).

perfectamente reconducible al mecanismo de la dación o promesa de utilidad como retribución por un acto de oficio determinado; y que la estructura de las interacciones corruptivas resulta normalmente mucho más fluida y, por decir así, fuerte de cuanto el modelo mercantil deja suponer. Ocurre, por ejemplo, que la relación corruptiva entre funcionario público y particular comience a instaurarse mediante entregas de utilidad o «solicitaciones» efectuadas más *en consideración del oficio desarrollado o de la carga cubierta por el funcionario público* que como retribución de una específica conducta funcional de éste: solicitudes aparentemente desinteresadas, pero que en realidad construyen algunos verdaderos y propios *avances*, de los acercamientos, dirigidos – como se acostumbra decir – a *palpar el terreno*, a analizar, es decir, si y en cuanto la contraparte esté dispuesta a hacerse corromper. Ocurre, además, que el funcionario público sea «*financiado*» por el particular, más que para la realización de un acto específico, para ponerse, más genericamente, a su disposición, y en tal modo disponerse a satisfacer los futuros pedidos que éste debiese eventualmente presentar.

Consideraciones de este género explican por qué – frente a una orientación, tradicional y hasta ahora prevaleciente en jurisprudencia⁵⁰, tendiente a requerir que, para los fines de la punibilidad de los hechos de corrupción, sea adecuadamente probado el vínculo retributivo (o bien también causal o teleológico) de la utilidad con una conducta funcional cuanto menos determinable – en algunas recientes máximas de la Corte Suprema (seguida en ello también por alguna pronunciación de mérito⁵¹) se encuentra enunciado, de vez en cuando, el principio según el cual sería suficiente que la utilidad haya sido dada o recibida *en razón* de la función⁵².

Por un lado, tal reducción del requisito de la determinabilidad del acto es ciertamente funcional como exigencia de simplificación probatoria, respecto a acontecimientos, como los de corrupción, notoriamente muy difi-

⁵⁰ Cas. pen., Sez. VI, 19/09/1997, C.E.D. Cass. 210301; Cas. pen., Sez. VI, 27/05/1998, C.E.D. Cas. 212236.

⁵¹ V. por ejemplo Trib. de Milano, Sez. VII, 26/01/2000.

⁵² V. por ej. las máximas de: Cas. pen., Sez. VI, 30/11/95, Varvarito (anotada por GROSSO, *Dazione o promessa di denaro al pubblico ufficiale «in ragione delle funzioni esercitate»: condotta punibile o fatto penalmente atipico?*, en FI, 1996, II, 414 ss.); Cas. pen., Sez. VI, 05/02/1998, C.E.D. Cas. 210381; Cas. pen., Sez. VI, Lombardi, 06/03/98, en CP, 1999, 3405 (con nota crítica de RAMPIONI).

ciles de probar. Por otro lado, parece emerger la idea de que el rígido anclaje al requisito del acto individual de oficio determine la exclusión del área de lo penalmente relevante de toda una serie de conductas, las cuales en cambio *serían ciertamente, ya ahora, corrupción*. Bajo este segundo punto de vista, como juicio de parte de la doctrina, la jurisprudencia contemplaría por tanto colmar pretensiones de tutela en medio de una verdadera y propia *extensión teleológica de los tipos penales*; que se abre camino alterando el requisito típico – y de ninguna manera secundario – del acto de oficio y haciendo por consiguiente concretamente punibles hechos no expresamente incriminados: de aquí, se ha sostenido, un evidente contraste con el principio de legalidad.

En realidad, detrás de aquélla que es apresuradamente calificada como una tendencia «expansiva» de la interpretación jurisprudencial del requisito del acto de oficio, observándolo bien, normalmente se esconde solamente la necesidad de evitar que en la aplicación de las normas sobre la corrupción prevalezca un estéril formalismo que llevaría a la absurda conclusión de excluir el delito en aquellos casos de «corrupción» que tienen por objeto la adquisición, no de este o aquel acto individual, sino de un entero *kit* de posibles actividades realizables por parte del funcionario público en la dirección deseada por el particular.

Por otra parte, si se aventura más allá de la enjuta laconicidad de las máximas, es posible constatar como, al menos en algunas de las decisiones criticadas, la jurisprudencia se ha cuidado bien para limitarse realmente a requerir un mero «ingreso de ganancia *en razón* de la función» (sin, es decir, comprobar algún anuncio para una actividad del funcionario público que hiciese las veces de contraprestación corruptiva). A menudo, en las hipótesis en las que en doctrina se ha considerado despegarse de la referencia objetual del modelo mercantil, los jueces en cambio han partido de la plena conciencia de un acontecimiento procesal concreto en el cual, si aun hacía defecto la determinación de un acto individual, no faltaba ciertamente una efectiva contrapartida a la prestación del corruptor la cual se pudiese calificar como una violación de los deberes internos del corrupto: así está, por ejemplo, por citar sólo un caso paradigmático, en la sentencia *Varvarito* del 30 de noviembre de 1995, en la que la Corte Suprema se apresura en sostener que la utilidad indebida haya sido ofrecida «con el fin de inducir a los funcionario público *a hacerse de la vista gorda* y, esto es, a omitir actos de su oficio: y más exactamente a no elevar contestaciones en orden al tránsi-

to de algunos automóviles comprometidos en la obra de la empresa del imputado»⁵³.

El problema subentendido en la determinabilidad del acto de oficio es entonces el de proveer una interpretación del requisito del acto de oficio que, por un lado, le conscienta desarrollar la función de concretización de la dimensión ofensiva de los hechos corruptivos específicos, sin, por el otro lado, reducir el concepto a la idea mezquina del acto *individual e individualizado*.

Desde este punto de vista, no parece dudoso que la fallida individualización, al momento de la corrupción, de un singular acto como objeto de compraventa no quita que el cambio de utilidades indebidas pueda aun siempre tener el significado de una «compraventa» de conductas funcionales. Para tal fin es, en efecto, suficiente que el ingreso de ganancias indebidas sea causada por el desarrollo, por parte del funcionario público, de una actividad cualquiera, ya sea indicada en forma genérica y sin la individualización capilar de los singulares actos que irán a componerla⁵⁴. Se tiene corrupción toda vez que el funcionario público recibe (y el privado dé) una utilidad indebida, no necesariamente para el cumplimiento de este o aquel acto específico, sino también, más genericamente, para actuar en el ámbito de las propias funciones, es decir, para usar los propios poderes funcionales.

Ello no pronostica ninguna reducción significativa del requisito del acto de oficio, ya que, si no es necesario que la corrupción tenga por objeto un acto individual y ya individualizado, es preciso aun siempre un verdadero y propio *plano de acción*, dotado – este sí – de cualidad concreta y «actua-

⁵³ Para análogas indicaciones, v. ya Cas. pen., Sez. II, 20/07/1934, en GP, 1934, II, 1182 ss. (part. 1192 ss.).

⁵⁴ «Se piensa en el funcionario de los impuestos que es retribuido periódicamente para que ayude de modo continuado a un contribuyente a la evasión fiscal, o en el magistrado a libro-talonario de un grupo empresarial dispuesto a interferir, en el interés del ente pagador, sobre la actividad judicial del oficio al cual pertenece. Verdaderamente en estas hipótesis ¿se puede ser igualmente cautos al sostener que la eventual fallida individualización de las singulares intervenciones ilícitas del funcionario público impide considerar realizado el delito de corrupción?» GROSSO, *Dazione*, cit., 415-6.

lidad». Es preciso, en suma, que el *fin* por el cual el cambio es efectuado esté suficientemente especificado ya al momento de la corrupción, y que tal especialización del fin emerja, si no explícitamente, cuanto menos de la consideración de la *situación de vida* en relación a la cual el particular pide que el funcionario público se comprometa a intervenir en su favor (ayudarlo a evadir al fisco, sustraerlo a un procedimiento penal, etc.). De modo que, por ejemplo, no basta que un *quisque de populo* dé algo de dinero a un aduanero en consideración a las actividades que éste, gracias al propio título, podría desarrollar en su favor en un futuro que no encuentra en ninguna situación presente elementos de suficiente previsibilidad. Es preciso más bien que la remuneración indebida se concrete y adquiera significado por su *referencia a específicos acontecimientos que interesan actualmente al particular* (por ejemplo, la circunstancia, conocida al funcionario público, que quien lo remunera es un habitual estafador de las finanzas estatales o comunitarias), o que es actualmente previsible le interesarán en el futuro, y respecto a las cuales se puede ya actualmente prever el *an y el genérico* quomodo de una futura intervención del funcionario público a favor del particular⁵⁵. En ausencia de la específica individualización de un acto, por lo tanto, es sólo el común conocimiento de (y por consiguiente la tácita y común referencia a) similares acontecimientos para consentir la individualización, ya sea genérica, de la tipología de conductas en vista de las cuales el particular remunera al funcionario público⁵⁶.

Es preciso, en conclusión, pero es también suficiente que al momento de la corrupción, sean individualizados (explícita o implícitamente) o seguramente determinables, ya no los singulares actos compravendidos, sino a

⁵⁵ En el mismo sentido ROMANO, *I delitti dei p.n.*, cit., 171, para quien el concepto de «acto de oficio» «bien comprende... una actividad también diluida en el tiempo que se traducirá en actos y comportamientos de los contornos aun no integralmente previstos sino en el momento del pacto igualmente presupuestable» (negrilla en original).

⁵⁶ Otro es, por ejemplo, que un comerciante obsequie, para Navidad y para Pascua, a los carabineros de la estación local con una bella bandeja de dulces, pura y simplemente con el fin de mantener relaciones de «buen vecindario»; otro es, en cambio, que el mismo comerciante, evasor empedernido, cada tres meses haga llegar al financiero X una suma *tot* de dinero, con el tácito acuerdo de que, cuando al primero se le debiese ser objeto de controles fiscales, el segundo se activaría indebidamente en su favor.

lo más los criterios en base a los cuales el funcionario público en caso de necesidad deberá abastecer a la alternativa del acto por cumplir: que, por lo tanto, *los singulares actos de oficio*, de los cuales debería ir componiéndose la actividad que el funcionario público se compromete a cumplir, resulten *determinables en base a un criterio que está ya establecido*, también implícitamente, *en el momento en el que el pacto es estipulado*; y este criterio es obtenido de la individualización del fin en virtud del cual el funcionario público es llamado a activarse.

Una puntualización. El *an* y el título de la responsabilidad de los sujetos se determinan en relación al *tipo de acto/actividad compravendida* y en relación a su *«tiempo»*. De ello resulta que la selección de la responsabilidad para uno de los tipos penales de corrupción requiere que la actividad compravendida sea individualizada en medida al menos suficiente para establecer cuál de ellos ha sido realizado. Así, en particular, para que pueda configurarse una responsabilidad por corrupción (activa o pasiva) propia será de cualquier modo necesario que, en el momento de la corrupción, el tipo de actividad sobre la cual versa el acuerdo estuviese establecido, también implícitamente, en una condición suficiente para hacer deducir que hasta entonces las partes habían por lo menos tomado en cuenta el cumplimiento de conductas ilegítimas. Se piensa, por ejemplo, en el caso, ya supuesto, en el que un magistrado reciba dinero del administrador de una sociedad acusada de haber cometido un delito cualquiera, con el compromiso de ingeniarse para reducir al silencio – en todos los modos hechos para él posibles por la función desarrollada – eventuales *notitiae criminis* que debiesen llegar a su cognición⁵⁷.

En conclusión, para establecer si los sujetos deben responder por corrupción propia o por corrupción impropia antecedentes es suficiente comprobar si el funcionario público ha recibido utilidades indebidas *para violar sus propios deberes* (o por abusar de sus propios poderes) o, respectivamente, *por atenerse a ellos*⁵⁸. Que, pues, se establezca ya en el momento de la

⁵⁷ En este sentido Cas. pen. 15/5/1985, en CP, 1987, 285, n. 197. En doctrina, GROSSO, *Nodi controversi in tema di riforma dei delitti di corruzione e concussione*, en CP, 1999, 3281.

⁵⁸ Cas. pen., Sez. VI, 19/11/1997, C.E.D. Cas. 210084: «En la estructura del delito de corrupción, dado que entre la ilícita compensación y el acto administrativo

corrupción que la violación de los deberes versará sobre el cumplimiento del acto $\times$ ilegítimo, o que tal conciencia se adquiriera sólo después y en caso necesario, es claramente indiferente. Por otra parte, no se comprende por qué razón debería reconocerse una corrupción en el caso en que, por ejemplo, un tipo que ha cometido un cierto delito proporcione dinero al juez de la investigación preliminar competente para que rechace el pedido de denuncia que eventualmente el ministerio público iba a decidirse a formular, pero no en el caso – quizás, incluso más grave – en que la retribución tuviese totalmente como objeto todas las actividades que se volvieran posibles y «oportunas» al juez de la investigación preliminar mismo a fin de favorecerlo indebidamente (así comprendiendo también la hipótesis de una denegación de eventuales pedidos de prórroga de las

«vendido» debe intercurrir una relación de sinalagmaticidad y por consiguiente una cierta proporción, el acto o el comportamiento administrativo, objeto del ilícito acuerdo, si no individualizado «ab origine» debe ser al menos individualizable; se precisa por otra parte que, ya que la individualización bien puede ser limitada al género de actos por cumplir, dicha individualización se realiza también cuando la contraprestación de la promesa o de la dación de dinero o de otra utilidad sea integrada por un genérico comportamiento del funcionario público, con tal que entre en la competencia o en la esfera de intervención del mismo y sea susceptible de especificarse en una pluralidad de actos singulares, no preventivamente prefijados o programados, sino pertenecientes aún siempre al «genus» previsto». También en doctrina por otra parte es más bien difundida la idea de que la individualización, requerida para la consumación de los delitos de corrupción, pueda limitarse al género de los actos: v. por todos, PAGLIARO, *Principi*, PS, I, cit., 173.

Dentro de estos límites, además, parece posible también la consideración, emergida en algunas recientes máximas de la Casación, que «para los fines de la configurabilidad del delito de corrupción propia ex art. 319 del c.p., para valorar si la conducta del funcionario público es o no contraria a sus deberes, es preciso tener en consideración no en los singulares actos, sino el conjunto del servicio prestado al particular» (así, por ej. Cas. pen., Sez. VI, 14/07/1998, *C.E.D. Cas.* 213054). Menos condivisible, en cambio, es el relieve que se aprende de éste, según el cual, «también si todo acto de por sí considerado corresponda a los requisitos de ley, el sometimiento de la función, por dinero u otra utilidad, a los intereses del particular concreta el delito en cuestión, realizándose de tal modo la violación del deber de imparcialidad». Tal consecuencia, verdaderamente, no deriva necesariamente de la premisa, ya que ésta al contrario requiere que «el conjunto del servicio» retribuido por el particular sea, en su totalidad, contrario a los deberes de oficio, ello en cambio no puede decirse para el caso en el que alguien retribuya a un funcionario público para que ejercite de modo legítimo los propios poderes.

investigaciones avanzadas por parte del M.P. o la de un recibimiento, incluso en contra del propio convencimiento, del eventual pedido de archivo que el M.P. – también corrupto – debiese formular, etc.).

3.4. *Corrupción y concusión.*— En la común representación, parece estar de cualquier modo conexa a la idea de que la corrupción consista en un mercado ilícito, la circunstancia que cada uno de los sujetos acuerde «libremente», y no más bien por fuerza de una «presión» indebidamente ejercitada por la contraparte: si se hace de la corrupción una suerte de «contrato», parecería, en fin, natural creer que ello implique también – al menos en una cierta medida – que ambos sujetos actúen libremente en vista de una ventaja cualquiera.

Esta difusa intuición fomenta la compleja cuestión de las relaciones entre corrupción y concusión⁵⁹. Cuestión que trae sobre todo problemas de justa distribución de la responsabilidad penal y, conexos a éstos, problemas de recta proporcionalidad de la relación entre hecho y pena.

El asunto, generalmente indiscutible, desde el cual se parte es que, si bien los dos acontecimientos poseen una estructura análoga, y si bien las conductas de los sujetos implicados, en los dos casos, puedan frecuentemente parecer más bien similares, éstos todavía serían respectivamente portadores de significados del todo distintos, y es más recíprocamente contradictorios. Éste, más en particular, aquél que se sostiene:

- a) es verdad que ambos acontecimientos son, desde el punto de vista de su estructura de base, bilaterales: es decir, giran en el *encuentro* de la conducta de dos sujetos, un funcionario público y un privado;
- b) es verdad que en ambos casos la conducta del privado consiste en dar o prometer utilidades indebidas al funcionario público;
- c) es verdad que, tanto en el caso de la concusión (al menos de aquella mediante abuso de los poderes) como en el caso de la corrupción antecedente, semejante conducta del privado puede ser entendida como un acto de *retribución indebida* del funcionario público a fin de que éste cumpla o no cumpla una actividad cualquiera de su oficio;

⁵⁹ V. PAGLIARO, *Principi*, PS, I, cit., 164 ss.; BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, tomo I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2001, 395-402; SPENA, *op. cit.*, 357 ss.

El principio de ofensividad en la interpretación de las normas sobre...

- d) también es verdad que una corrupción, como obviamente ocurre para la concusión, puede suceder por iniciativa del funcionario público, antes que del particular⁶⁰.
- e) y es verdad que, en este último caso, también la conducta del funcionario público posee una estructura sustancialmente idéntica, tanto en el caso de que se trate de concusión (al menos aquella mediante abuso de poderes) como en el caso de que se trate de corrupción antecedente: configurándose, ella, en ambos casos como solicitud de una utilidad indebida para el cumplimiento, o el incumplimiento, de una actividad del propio oficio.

Siendo todo esto verdad, —he aquí el punto— quedaría de todos modos una diferencia semántica ineludible que expresaría las dos figuras portadoras de significados radicalmente diversos.

La interpretación corriente de las normas sobre corrupción y concusión, en efecto, configura la distribución de la responsabilidad entre *extraneus* e *intraneus* según un esquema que metafóricamente recuerda al principio de los vasos comunicantes. Los casos serían dos: o los dos vasos no comunican —como en el caso de la concusión, donde el vaso de la responsabilidad del agente público estaría lleno y aquél de la responsabilidad del particular necesariamente vacío (en el sentido que, donde la conducta del funcionario público deba calificarse como concusión, el particular sería necesariamente una víctima inocente); o bien, si los dos vasos comunican, el peso de la responsabilidad del acontecimiento debería automáticamente distribuirse de manera igual entre ambos: vale decir que, si se asume que ambos sujetos son penalmente responsables del comercio ilícito, entonces deberán serlo ambos en el mismo modo, esto es, a título de corrupción; y en este caso se prevé que al corruptor se le apliquen las mismas penas aplicables al corrupto (Art. 221 del C.p.). En síntesis: si el funcionario público debe responder por concusión, entonces el particular deberá necesariamente resultar inocente; si en cambio, vistas las modalidades con las

⁶⁰ De concusión, en cambio, no se puede hablar si la iniciativa *real* (no meramente formal) del cambio retributivo es del particular, antes que del funcionario público: el de concusión en efecto es, estructuralmente, un delito por iniciativa del funcionario público (v., también para las aclaraciones necesarias en cuanto al modo en el que se necesita entender el concepto de «iniciativa», SPENA, *op. cit.*, 371-83, 435-40).

cuales se ha desarrollado el acontecimiento, se considera que ambos son responsables de ello, entonces ambos deberían necesariamente responder *del mismo modo*, y esto es, con las mismas penas y por el mismo título (corrupción: respectivamente, activa y pasiva).

Esto es aquello que en otro lugar he definido como el paradigma de la mutua exclusión de corrupción y de concusión (el cual, viéndose bien, no constituye más que un corolario de la concepción plurisubjetiva de los delitos de corrupción: o también de aquélla, del todo afín, según la cual «el corruptor es sustancialmente un instigador»⁶¹ del funcionario público, o sea para ser más precisos su «cómplice»); y según el cual, para ser más precisos, *mientras en la concusión el particular es víctima del funcionario público, en la corrupción es un «cómplice»*.

Partiendo de esto, que es asumido como un verdadero y auténtico dogma, se comprende por qué nunca, al afrontar el problema de las relaciones entre corrupción y concusión, se vaya normalmente a la caza de una única clave de acceso, de un único criterio, mediante el cual calificar el entero acontecimiento retributivo *o* como sola concusión (responsable el funcionario público, víctima inocente el particular) *o* como sola corrupción (responsables exactamente en el mismo modo funcionario público y particular). La historia de los intentos por distinguir entre corrupción y concusión puede, por esto, ser nuevamente recorrida como una sucesión de intentos por responder a esta única pregunta: ¿Cuál es el criterio que en relación a un mismo acontecimiento retributivo permite al mismo tiempo *afirmar* que el funcionario público es un concusor *y excluir* que el particular sea un corruptor (o, viceversa)?

Mi tesis es que *ninguno de los criterios* hasta ahora emergidos en el debate penal en torno a las relaciones entre concusión y corrupción está *en condiciones de responder de manera concluyente* a aquella única pregunta fundamental que, mediante ellos, se busca responder y que *ello descienda precisamente de haber adoptado el paradigma de la mutua exclusión* entre las dos figuras de delito, y por tanto, en último análisis, de la concepción plurisubjetiva de la corrupción.

⁶¹ Así, por todos, DI VICO, *Il delitto del corruttore*, I, en *Annali di diritto e procedura penale*, 1936, 397.

Para demostrarlo, proporcionaré un rápido examen crítico de los varios criterios propuestos en la jurisprudencia. Vicio común a todos, lo digo hasta ahora, es aquél no considerar adecuadamente y distintamente el significado poseído por cada una de las dos conductas implicadas en la ilícita compraventa: ya que el paradigma de la mutua exclusión entre corrupción y concusión es asumido como un verdadero y propio dogma, se termina dando por descontado que de la calificación de la conducta de uno de los dos sujetos (funcionario público o particular) deriva *automáticamente* también la calificación de la del otro; la idea es que en conclusión baste concentrarse en los caracteres, y en la naturaleza, de una de las dos conductas, porque la calificación penal de la otra derive en consecuencia de ello. De este modo, sin embargo, se viola un principio penal fundamental, según el cual la responsabilidad penal es personal: cada uno responde por su propia conducta; y por lo tanto, fuera de los casos de responsabilidad objetiva, la responsabilidad penal de cada uno es reconstruida en base al significado ofensivo de la propia conducta, no en base al significado de la conducta de otros sujetos.

a) Un vicio de este género es evidente, por ejemplo, en el criterio de la iniciativa⁶², por el cual la corrupción sería identificada y delimitada respecto a la concusión sólo sobre la base, unilateral y formal, de la titularidad de la propuesta de cambio: se tendría *siempre y como quiera que sea* concusión cuando sea el funcionario público quien asume la iniciativa (*est rogare ducum species violentia jubendi*); se tendría en cambio *siempre y como quiera que sea* corrupción cuando de ella sea titular el particular. En esta óptica, evidentemente, queda en la sombra que el cambio ilícito se articula en el encuentro de *dos distintas conductas*, cuya *específica tipicidad* y eventual ilicitud es juzgada de manera adecuada y *no puede ser acumulativamente inferida sobre la base de la sola, ocasional, circunstancia de que haya sido el uno o el otro de los dos sujetos quienes se activen primero*. Teniendo eje en la iniciativa, sobre todo si se entiende como formal propuesta de cambio, no se toma nada de la diversa tipicidad ofensiva de los tipos penales de concusión y de corrupción. La ofensa típica de la concusión no se halla en absoluto en proponer un cambio indebido entre acto y remuneración, sino en el obligar al particular a

⁶² MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, 5ª ed., Torino, 1982, 213-5. Cfr. del mismo modo DI VICO, *Il delitto*, cit., 397 ss.

aceptarlo mediante un abuso de los propios poderes o de las propias cualidades⁶³. La constrictión y el abuso no son elementos que puedan considerarse implícitos en el mero hecho de la solicitud⁶⁴, ni su ausencia es deducible *in re ipsa* de la ausencia de una formal solicitud⁶⁵. Encontrado en la iniciativa formal del funcionario público el único elemento caracterizador del hecho de concusión, se hace pues difícil justificar el asunto según el cual el particular concuso no debería nunca responder por corrupción activa. Ninguna norma, en efecto, se basa en el elemento en cuestión como condición por la cual se hace depender una exclusión de la responsabilidad penal del particular.

El criterio de la iniciativa, en efecto, limitándose a certificar el origen formal de la propuesta de cambio, impide toda posibilidad de tomar el *aspecto interno* del acontecimiento, lo único que puede dar realmente cuenta del elemento de la *constrictión*. Para establecer cuando uno *obliga* y el otro es *obligado* a hacer algo, no basta limitarse a registrar las *regularidades* observables que transcurren entre una cierta acción y una cierta reacción (por ej., que cuando el funcionario público pide, *de costumbre* el particular lo secundar); más bien, es preciso entender el significado de las conductas según el comportamiento de quien las tiene.

b) Es sólo a partir de los años 30 del siglo pasado que se comienza a poner en evidencia el «diverso clima psicológico que caracteriza los dos delitos»⁶⁶: mientras el mercado corruptivo emerge de un acuerdo entre funcionario público y particular, los cuales contratan libremente y por

⁶³ Cfr. LEVI, *Delitti*, cit., 280.

⁶⁴ Cas. pen., Sez. VI, 13/01/00, *C.E.D. Cas.* 215641.

⁶⁵ El hecho de que estos datos cruciales terminen en segundo plano, en el interior de la teoría en discurso, es adscribible, viéndose bien, a aquella errada concepción de fondo en orden a la estructura de los delitos de corrupción, estando a la cual la conducta del corruptor en su íntima esencia no sería otra que una forma calificada de instigación, y por tanto en último análisis, no obstante su especial calificación jurídica a comparación de un delito autónomo, una verdadera y propia forma de «complicidad» en el delito del corrupto (así, expresamente, MANZINI, *Trattato*, V, cit., 214; DI VICO, *Il delitto*, cit., 397). De esta idea descende ineluctable el criterio de la iniciativa, ya que sería absolutamente paradójico creer que el instigado (o sea el corrupto) pueda solicitar al propio instigador (el corruptor) que lo instigue (es decir, que lo corrompa).

⁶⁶ BENUSI, *In tema di concussione e corruzione*, IP, 1985, 413.

igual, en la concusión el verdadero y único *dominus* del acontecimiento sería el funcionario público, el cual – abusando de los propios poderes o de la propia calidad – dirige la conducta del particular y lo obliga a llegar a un acuerdo con él: el particular no sería más que una víctima; da o promete la retribución indebida sólo para esquivar un estado de subjeción a la que es astringido por el abuso del funcionario público; su voluntad, por tanto, estaría viciada y su asentimiento condicionado por la urgencia de evitar un mal amenazado o comenzado por el concusor.

Estas cuestiones encuentran una elaboración uniforme en la denominada *teoría de las voluntades*, la cual quiere precisamente hacer menor la distinción entre corrupción y concusión por la premisa, de que sólo en la primera la voluntad del particular podría decirse *libre*⁶⁷; así que el crisma de la concusión residiría en la circunstancia de que la voluntad del particular de remunerar al funcionario público sea «no libre», «no espontánea», ya que está decisivamente condicionada por la conducta de este último.

Los problemas de la teoría de las voluntades surgen, sin embargo, en cuanto se busca ir más allá de la etiqueta «libertad del querer» y se busca dar un contenido a aquello que de otro modo termina pareciendo un cascarón vacío, con lo que el intérprete puede a su preferencia calificar aquellas situaciones en las cuales considere que el particular no merezca ser castigado.

Para empezar, no es fácil comprender cuando la voluntad del particular pueda denominarse efectivamente libre. En realidad desde el punto de vista descriptivo, estructural, no existen diferencias relevantes en la voluntad del particular, según que éste sea «víctima» de una concusión o corruptor. Suele decirse que en la concusión la voluntad del particular no sería libre ya que el particular es puesto por el funcionario público delante de la elección entre retribuirlo o no obtener el acto que está en el interés del particular obtener. Esta alternativa entre (al menos) dos alternativas de acción y, por consiguiente, el sacrificio de una a favor de la otra, constituye

⁶⁷ Cfr. por ej. Cas. pen., Sez. VI, 19/01/98, C.E.D. 211708: «en materia de distinción entre los delitos de concusión y corrupción, elemento determinante es la actitud de las voluntades respectivas del funcionario público y del particular y consecuentemente del tipo de relación que se instaura entre los dos sujetos».

sin embargo el régimen ordinario de la acción de cada uno: actuar significa escoger, sacrificar algunas posibilidades para realizar otras. Así, si se quiere afirmar que el concuso no es libre de obtener el acto sin pagar lo indebido, se debería estar dispuesto a admitir que también en una corrupción propia el corruptor pueda no estarlo. El particular se encontrará en todo caso frente a una alternativa que, desde un punto de vista descriptivo, tiene una estructura perfectamente idéntica: *aut* pagar al funcionario público y obtener el acto deseado *aut* no pagarle al funcionario público y no obtener el acto deseado.

La teoría de las voluntades, en definitiva, no provee ningún criterio para distinguir la posición del concuso de la del corruptor. Valga este ejemplo: Fulano, funcionario público, plantea a Zutano, ciudadano particular, el cumplimiento a su favor de una cierta actividad contraria a los deberes del propio oficio, con tal que acepte retribuirlo con una densa recompensa. En tal caso la voluntad del particular, guiada por la propuesta de fulano (si quieres este acto *debes pagar* esta suma), ¿es libre o no? La pregunta, en verdad, no tiene salida: en efecto, se le responde positiva o negativamente, se está de cualquier modo obligado a reconocer que *el examen descriptivo de la voluntad del particular no está en condiciones de proveer ningún criterio diferenciador entre corrupción y concusión*. En particular, si se responde negativamente, se deberá concluir que el particular no es libre en el caso de la concusión, pero tampoco en muchos casos de corrupción por iniciativa del funcionario público; si en cambio se responde positivamente, se deberá concluir que tampoco en la concusión la voluntad del particular es «no libre» en sentido descriptivo, desde el momento que en los dos casos (concusión y corrupción por iniciativa del funcionario público) es idéntica la descripción del *iter* decisional (un razonamiento de necesidad práctica causado por un imperativo hipotético puesto por el otro sujeto) que lleva al particular a retribuir al funcionario público.

bb) Aun menos provechoso sería, además, tomar como punto de apoyo — como a veces ocurre — la «espontaneidad» de la voluntad del particular⁶⁸; y ello por el simple motivo que, si es espontánea la conducta de quien actúa por iniciativa propia, este criterio no haría más que desenterrar lo que se había formulado.

⁶⁸ Por ej., en jurisprudencia, Cas. pen., Sez. VI, 17/10/1994 C.E.D. Cass. 199991.

bbb) Tampoco, finalmente, puede ser atribuido algún valor indicativo al elemento fundado en la sugestión «topográfica» de la diversa posición recíproca de funcionario público y particular: por lo cual se tendría corrupción, si particular y funcionario público actúan en posición de paridad; concusión, si el segundo se encuentra en posición de supremacía respecto al primero⁶⁹. En un plano sustancial, existe antes que nada la objetiva dificultad de establecer *a priori* cuando los dos sujetos se encuentran en posición de paridad, y cuando se encuentren en posición, uno dominante y, el otro, sucumbiente, sin limitarse a utilizar este juicio como un mero etiquetamiento *ex post* de conclusiones al que el juez ya haya llegado por otra vía. En el plano formal, en cambio, funcionario público y particular no se encuentran nunca en un plano de igualdad: todo ciudadano, en efecto, está ligado «a los titulares de la autoridad del Estado dentro del ámbito de su territorio» (*scil.*: a los funcionarios públicos, si no a los encargados de un servicio público) por una relación de «subordinación genérica» jurídicamente relevante (Bettioli), por fuerza de la cual el funcionario público puede impartir al ciudadano órdenes vinculantes que este último está «obligado a obedecer ... como si fuese un funcionario o agente público» (Manzini).

Un segundo defecto de la teoría de las voluntades es, pues, su evidente unilateralidad: ésta pretende, en efecto, reconstruir la calificación penal de dos conductas ilícitas distintas basándose exclusivamente en el análisis de *uno solo de los dos puntos de vista implicados en el acontecimiento*, es decir, *el punto de vista del particular*. La concusión, en realidad, es delito del funcionario público, cuya la conducta ilícita: dotada, por otra parte, de una pluralidad de marcas distintivas pesadas, de tal modo, que no se puede limitar a deducirlas en vía puramente refleja. Como generalmente no es legítimo reconstruir la responsabilidad del autor de un hecho como reflejo del evento realizado, ya que el fundamento de la responsabilidad está siempre en la conducta, de este modo, no es legítimo reconstruir la responsabilidad

⁶⁹ Aún reciente, en jurisprudencia, Cas. pen., Sez. VI, 13/01/00, C.E.D. 215639: «la diferencia entre los delitos de corrupción y de concusión se atiene a la diversa posición que el particular y el f.p. asumen en la relación recíproca. Mientras en la corrupción – típico para concurso necesario – los sujetos tratan paritariamente con manifestaciones de voluntad convergentes en el «*pactum sceleris*», en la concusión – que es delito unisubjetivo – el «*dominus*» del ilícito es el f.p.».

del funcionario público, por concusión o por corrupción, como mero reflejo de un cierto estado psíquico del particular. Cada uno –en principio– es penalmente responsable de las propias acciones, es decir, cada uno responde penalmente del significado que en ellas pone: si es verdad que el particular y el funcionario público realizan dos distintas conductas, resulta con ello que sus posiciones son necesariamente diferenciadas y calificadas de modo autónomo, según el significado que cada uno de ellos tiene en concreto conforme a su propio actuar. Es posible que los significados de las dos conductas sean convergentes y que sean valoradas de modo uniforme por el derecho: en tal caso el entero acontecimiento constituirá *o* corrupción *o* concusión. Nada excluye, sin embargo, que las dos conductas tengan diversos significados o que sus significados, aun materialmente convergentes, sean valorados de modo diferente por el derecho: en tal caso la calificación del acontecimiento *no* podrá ciertamente ser *unitaria*, debiendo dejar espacio a una *esencial diferenciación* en la valoración jurídica.

c) Una variante bastante difundida y acreditada de la teoría de la voluntad toma como punto de apoyo el elemento del *metus publicae potestatis*.

No obstante las aparentes afinidades estructurales, en la concusión, a diferencia de la corrupción, la voluntad del particular no sería en absoluto libre, ya que éste aceptaría retribuir al funcionario público solo en cuanto motivado por el temor infundido por el otro en virtud de la función ejercitada y de los poderes conexos⁷⁰. Precisamente en este sentido la voluntad del particular, en la concusión, no podría considerarse libre, ya que está viciada y plasmada por el temor hacia el funcionario público, el cual metafóricamente terminaría por dominar al particular.

Pero el intento de allanar las incertidumbres incorporadas por la teoría de las voluntades mediante el recurso al *metus publicae potestatis* se muestra pronto como un auténtico *obscurum per obscurius*.

⁷⁰ En jurisprudencia cfr., por ej., Cas. pen., Sez. VI, 06/12/1994, *C.E.D. Cas.* 201044: «la línea divisoria entre la concusión y la corrupción se da por el modo con el cual se determina la voluntad del particular, o sea libremente o por efecto del «metus publicae potestatis»». V., además, Cas. pen., Sez. VI, 25/02/94, *C.E.D. Cas.* 198497; Cas. pen., Sez. VI, 14/04/94, *C.E.D. Cas.* 199155; Cas. pen., Sez. VI, 17/10/94, *C.E.D. Cas.* 199989.

El principio de ofensividad en la interpretación de las normas sobre...

Antes que nada, no está claro si el concepto es entendido en una acepción psicológico —descriptiva (u *ontológica*), que parece más cercana a la figura civilista de la *violenza* como causa de de anulación de contrato (art. 1434 del C.C. Italiano), donde el *metus* se identifica con un verdadero y propio estado de miedo o de temor sufrido por el particular a causa de la conducta del funcionario público y que iría puntualmente comprobado por el juez en sede de reconstrucción de la responsabilidad penal de los dos sujetos⁷¹; o, más bien, en una acepción de carácter normativo-presuntivo (o también simplemente *normativa*), en la cual la conclusión de que el particular se encuentre en estado de sujeción respecto al funcionario público sea obtenida por la circunstancia de que el segundo ofrezca al primero la *representación de un mal injusto* como consecuencia de su falta de adecuación al pedido formulado: en este caso, la constatación del estado psicológico efectivo sobre el que versa el particular dejaría lugar a una valoración de los motivos que lo han impulsado a satisfacer los pedidos del funcionario público.

Ninguna de estas dos acepciones, en todo caso, hace sostenible la teoría del *metus*.

cc) No la primera, que no explica por qué nunca el estado psicológico de temor del particular debería valer para excluir que éste responda por corrupción activa. En el Código penal italiano falta una eximente, general o específicamente relativa a los delitos de corrupción, que tome como punto de apoyo el elemento del temor como condición *suficiente* para excluir la responsabilidad penal. El art. 90 del C.p., al contrario, desconoce expresamente en los estados emotivos la capacidad de incidir en la imputabilidad (y por lo tanto sobre la responsabilidad) del sujeto que haya actuado en poder de éstos⁷².

⁷¹ Así, por ej., Cas. pen., Sez. VI, 18/04/94, C.E.D. Cas. 199521.

⁷² El único relieve que, en el estado normativo actual, puede reconocerse al elemento en mención consiste, por tanto, en la posibilidad de ser valorado por el juez como atenuante genérica ex art. 62-bis del c.p. (cfr. Cas. 15/11/82, citada en FERRACUTI/GIARRIZZO, vocablo *Stati emotivi e passionali*, en *Enciclopedia del diritto*, XLII, Milán, 1990, 668) y/o a los efectos del juicio sobre la intensidad del dolo (art. 133, primer inc., n. 3, del c.p.), o también sobre los motivos para delinquir (art. 133, segundo inc., n. 1, del c.p.), en sede de determinación de la pena: no ciertamente para excluir la responsabilidad penal del corruptor.

Por otra parte, incluso considerando de cualquier modo relevante un eventual estado de insuperable sujeción del particular respecto al funcionario público, no es difícil evidenciar que, por más agobiador que pueda ser, el *metus publicae potestatis* difícilmente será «insuperable»⁷³. A menudo la comunicación concusiva toma como punto de apoyo, más bien, calculos de conveniencia, y no la incusión de un verdadero y propio sentimiento de miedo y angustia. El concepto de *metus*, que se quiere sea capaz de excluir la responsabilidad del particular concuso, está, en efecto, de tal modo desbocado, que la doctrina y la jurisprudencia⁷⁴ frecuentemente reconocen la señal también cuando el particular acepta remunerar al funcionario público simplemente para evitar molestias.

Esta acepción del *metus*, por otra parte, tampoco está en condiciones de definir adecuadamente la responsabilidad del funcionario público por concusión. Primero: «aquello que ocurre en el interior de la psique del particular no puede tener efecto sobre la responsabilidad del funcionario público»⁷⁵. Segundo: sería fuertemente limitativo considerar que el funcionario público cometa concusión sólo en la hipótesis en la que reduzca al particular a un verdadero y propio estado de miedo⁷⁶: «evento» que, por otra parte, no figura ni siquiera entre los elementos de la tipicidad ofensiva del delito⁷⁷. Tercero: no está claro qué utilidad pueda tener el recurso a un similar elemento, en caso de que en cambio se haga coincidir la noción «con el estado de sujeción producido por la constricción o por la inducción»: ya que «entonces se hace una inútil y no requerida copia de otros elementos del tipo penal»⁷⁸.

⁷³ «No disponiendo la ley nada sobre la intensidad del *metus*, no es posible considerar como tal sólo lo extremo» (Cass. pen., sez. VI, 11/01/94, *C.E.D. Cass.* 199185). En el mismo sentido, antes Cass. pen., Sez. VI, 04/02/94, *C.E.D. Cass.* 199144.

⁷⁴ V. Cas. pen., Sez. VI, 17/02/00, *C.E.D. Cas.* 217116, y por último Cas., 4 de noviembre de 2004, n. 1505, Zamberlan, en *CP*, 2006, 93.

⁷⁵ PAGLIARO, *Principi*, PS, 121.

⁷⁶ Por último, Cass. pen. (17/02/00, *C.E.D. Cass.* 217116) excluye explícitamente que —para los fines de la concusión del funcionario público— el particular deba «necesariamente encontrarse en un estado subjetivo de temor».

⁷⁷ Cfr., para todos, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, PS, I, Bologna, 1999, 208. En jurisprudencia, reciente, v. Cas. pen., Sez. VI, 17/02/00, *C.E.D.* 217116.

⁷⁸ FIANDACA/MUSCO, *op. loc. ult. cit.*

En conclusión, no es en absoluto verdad, como en cambio se desprende de la acepción psicológica de la teoría del *metus*. i) que el particular, donde quiera que actúe en estado de subjeción hacia el funcionario público, no pueda nunca ser llamado a responder, como corruptor, de la propia conducta de indebida remuneración⁷⁹; ii) tampoco, especulativamente, que donde por el contrario el particular no pruebe un verdadero y propio temor hacia el funcionario público, este último no pueda igualmente ser llamado a responder a título de concusión antes que de corrupción pasiva. La circunstancia de que el particular quede psicológicamente sacudido por el pedido del funcionario público en sustancia no explica aún por qué nunca se le puede imputar como ilícito el hecho de haberlo secundado, tampoco explica por qué razón al funcionario público se le debe aplicar la pena más grave a la que hace mención el art. 317 del C.p.⁸⁰

ccc) Un modo de buscar superar algunas de las objeciones recientemente formuladas consiste en identificar el *objeto del temor* infundido en el particular, antes que en un cualquier mal, en un *mal injusto* (acepción normativa del *metus publicae potestatis*): esto es, en un mal que constituya el efecto directo del abuso de los propios poderes o de la propia calidad por

⁷⁹ Tanto más que un cierto temor «corresponde a cada contratación del particular del que depende el éxito de una práctica»: PAGLIARO, *Principi*, PS, I, cit., 166.

⁸⁰ Así, si un agente de policía judicial, cogido in fraganti, pide al autor de un hurto agravado *ex art. 625*, primer inc., N° 1 un *tot* de dinero, ofreciendo a cambio no cumplir con el arresto a su cargo que *ex art. 380*, segundo inc., del c.p.p. tendría la obligación de cumplir, el hecho de que el particular reciba con esto alguna turbación de orden psíquico no da cuenta del motivo por el cual él no debe responder por corrupción activa una vez aceptada la iniciativa del funcionario público.

Tampoco el temor de la potestad pública logra orientar hacia una adecuada solución de casos como el siguiente: Un empresario al borde de la ruina participa en el concurso de licitación pública; uno de los miembros de la comisión llamada a decidir sobre el concurso se acerca a él y le dice claramente que su oferta es del todo inadecuada y no tendría alguna chace de ganar; sin embargo, *hacia una... retribución* la comisión se dispone a asignarle la buena pro: ¿Es quizá inverosímil imaginar que, en tal caso, el empresario pruebe un verdadero y propio temor de las consecuencias para él desfavorables proyectadas por el funcionario público y que derivan del ejercicio legítimo de los propios poderes por obra de este último? Y ¿Es menos inverosímil admitir que él pueda convencerse de la prestación precisamente por causa de un estado semejante de objetivo temor respecto a las determinaciones del funcionario público? La verdad es que, en este caso, el particular está en manos del funcionario público, y la contratación no ocurre ciertamen-

parte del funcionario público⁸¹. De este modo, el elemento del *metus* es objetivizado, y aprovechado por ello: *a*) que el funcionario público amenaza un daño a costa del privado; *b*) que este daño sea injusto (es decir, contrario a los deberes del funcionario público); *c*) que la amenaza del mal injusto sea hecha, por el funcionario público, como repercusión, en caso que el particular no le diese, o no le prometiese, una utilidad indebida; *d*) que el particular represente todo ello, y se determine como consecuencia de ello.

Esta impostación, viéndolo bien, convoya y reelabora la sustancia de dos distintas concepciones: una, más sobresaliente, según la cual se tendría corrupción o bien concusión según que el acto retribuido sea, respectivamente, justo o injusto⁸²; la otra, según la cual se tendría concusión si el particular, retribuyendo al funcionario público, *certat de damno vitando*, y corrupción si él, en cambio, *certat de lucro captando*⁸³.

El rasgo típico de la concusión estaría, por eso, en la amenaza (o en el inicio) de un mal injusto, para evitar que el particular se determine a retribuir al funcionario público: y por consiguiente en el «significado motivante del *metus publicae potestatis*»⁸⁴, como *evento psicológico* ocasionado por el

te sobre la base de la paridad entre las partes. No obstante ello, no hay duda de que en el caso en particular él sea responsable de corrupción activa, desde el momento que retribuye al administrador público con la finalidad de que éste cumpla un acto contrario a los deberes del propio oficio y para sí favorable.

⁸¹ V., por ej., Cas. pen., Sez. VI, 08/11/96, C.E.D. Cass. 206226, publicada, con nota adhesiva de LAGHI, en GP 1997, II, 648; Cas. pen., Sez. VI, 10/12/96, C.E.D. Cas. 207507; Cas. pen., Sez. VI, 05/10/98, C.E.D. Cas. 211745; Cas. pen., Sez. VI, 05/05/98, C.E.D. Cass. 213044. En doctrina, v. por ej. RONCO, *Sulla differenza*, 616.

⁸² V. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, PS, V, 2ª ed., Lucca, 1870, 141 (§ 2581). Cfr. Del mismo modo RONCO, *Sulla differenza tra concussione e corruzione: note tra ius conditum e ius condendum*, en GP, 1998, II, 612.

⁸³ V. por ej., en jurisprudencia, Cas. pen., Sez. VI, 17/10/94, C.E.D. Cas. 199990; Cas. pen., Sez. II, 01/12/95, C.E.D. Cas. 204363; Cas. pen., Sez. VI, 08/11/96, C.E.D. Cas. 206226. Esta teoría es hoy generalmente desestimada, en base a la consideración de que «hay casos, en los cuales el particular *certat de damno vitato*, pero que son seguramente de corrupción. Se tiene, con tal propósito, el ejemplo del particular que ofrece dinero a un funcionario público para inducirlo a no presentar denuncia por un delito efectivamente cometido» [PAGLIARO, *Principi*, PS, cit., 166].

⁸⁴ MARINI, vocablo *Concussione*, en *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1995, 14 y 15.

abuso del funcionario público, y en la «(presunta) *coacción psíquica*... producida a través de la pretendida intensidad del motivo predominante»⁸⁵, que justificaría la impunidad del particular.

Esta última impostación es puesta en acción, sin duda, por una intuición compartible: aquella según la cual condición necesaria para excluir la responsabilidad del particular es que éste haya retribuido al funcionario público con la finalidad de evitar o suspender la ejecución de un mal injusto⁸⁶. Fuera de este margen es ilusorio buscar el modo para hacer del particular una víctima del funcionario público.

Sin embargo, aun siendo necesaria, esta sola condición no basta para despojar al particular de la calidad de corruptor. Primero: el hecho de presentarse la amenaza de un mal injusto de por sí, no sirve para volver al particular una «víctima» del funcionario público, si la amenaza y el mal amenazado, también en relación a las condiciones personales del particular, no asumen *alcance concretamente compulsivo*, tal, en fin, para integrar los extremos de la coacción moral relevante en los sentidos del art. 54, inciso tercero, del C.p. No todo mal injusto planteado (por el funcionario público) y representado (en la mente del particular), en efecto, es capaz de *obligar* al destinatario a evitarlo: es preciso que este tenga una cierta consistencia; y es preciso del mismo modo que el interés que está en peligro tenga también una cierta consistencia⁸⁷. Segundo: tampoco es verdad que el funcionario público pueda responder por concusión sólo en el caso en el que plantee al particular la ejecución de un mal injusto como alternativa al pago indebido. Existen ciertamente hipótesis (regresaré a ellas más adelante) en las cuales comete una concusión el funcionario público que se haga retribuir por no cumplir un acto debido, lícito, cuya ejecución, por tanto, representaría para el particular un mal justo.

⁸⁵ Así SILVA SÁNCHEZ (*Sobre las actuaciones en una «situación de necesidad» que no implican deberes de tolerancia*, en Luzón Peña, Mir Puig (dir.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, 1999, 164), con referencia en general a las tesis normativas sobre la exclusión de la responsabilidad penal de quien actúa en «situación de necesidad».

⁸⁶ V., por ej., INSOLERA, *Corruzione e concussione nella riforma del diritto e del processo penale*, en *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, *Diritto penale*, Milano, 2000, 664.

⁸⁷ Es muy posible, en efecto, que —consideradas las circunstancias concretas en las cuales se desarrolla la comunicación entre el funcionario público y el particular—

3.5. (Sigue) *Crítica de algunos posibles argumentos en apoyo de la mutua exclusión de concusión y corrupción activa.* Ninguno de los criterios examinados permite pues distinguir, de una vez por todas, concusión y corrupción: todas han parecido, en un sentido o en otro, incapaces de explicar por qué nunca, en relación a un único y mismo acontecimiento retributivo, la responsabilidad del funcionario público a título de concusión es compatible con una responsabilidad del particular por corrupción activa; ninguno parece, en suma, en condiciones de explicar por qué razón, cuando el funcionario público *concute* a un particular, éste deba siempre, necesariamente, ser considerado una víctima inocente, y estar por consiguiente exento de responsabilidad penal.

Me parece, en realidad, que estas dificultades no dependen de la calidad de los criterios elaborados, sino más bien del objeto que allí se aplica: el problema, en otros términos, no es que los criterios elaborados no estén en condiciones de distinguir, de una vez por todas, corrupción y concusión, y por lo tanto, de justificar el dogma de la mutua exclusión entre estos dos acontecimientos; el hecho es, más bien, que corrupción y concusión no son, en absoluto, figuras que se excluyen recíprocamente: por lo menos, no necesariamente.

El dogma de la mutua exclusión, en realidad, es el fruto de la dogmatización de una observación perfectamente fundada: y esto es que muy frecuentemente – si se quiere, normalmente – la conducta del sujeto concuso no posee los requisitos de tipicidad (objetiva o subjetiva) de una corrupción activa. En estos casos, obviamente, él no podrá ser llamado a responder penalmente por el hecho de haber remunerado a un funcionario público. El error está, sin embargo, en generalizar esta observación hasta

aquella amenaza no tenga ya *ex ante* alguna efectiva idoneidad para *obligar* al destinatario. Así, por ej., si el funcionario público pidiese al particular una remuneración indebida, amenazando en caso de rechazo con retardar algunos días el cumplimiento de un cierto acto debido favorable al segundo, este último podría efectivamente decirse obligado a cumplir la prestación solicitada sólo en caso de que el retardo pudiese perjudicar su facultad de gozar de los beneficios del acto, o bien en caso de que él tuviese cualquier otra fundada razón de emergencia respecto al conseguimiento del acto mismo: en caso contrario, no se podría ciertamente afirmar que la conducta del funcionario público haya asumido el alcance de una *real coacción*.

obtener de ella un verdadero y propio dogma: el particular, conceptualmente, *o* es víctima inocente del funcionario público *o bien* un cómplice suyo, tan culpable como él del hecho realizado.

Un análisis desencantado de la realidad de los hechos muestra en cambio que esta *visión maniquea de las relaciones entre corrupción activa y concusión* no corresponde al verdadero. Ello, en totalidad, no tiene ningún fundamento político-criminal. La realidad actual de las relaciones entre agentes públicos corruptos y particulares corruptores es mucho más compleja de cuanto el paradigma de la mutua exclusión, en su ingenuidad ochocentescas, deja transparentar. Las investigaciones sociocriminológicas han ya evidenciado cómo, frecuentemente, no es más posible escindir la posición del conivente de la del sujeto obligado a mantener ciertas relaciones ilícitas⁸⁸. Un paradigma del todo fundado sobre la distinción maniquea entre «blanco» (*concuso víctima inocente del funcionario público*) y «negro» (*corruptor responsable exactamente del mismo modo que el funcionario público*) no está pues en condiciones de reflejar la cromaticidad de un sistema donde el dominante es, a menudo, el «gris» (*otorgante y concuso ambos punibles: este último, sin embargo, a título de corrupción activa, y por lo tanto con pena menor de la aplicable al funcionario público*).

Formulo algunos ejemplos. La Casación ha revisado una concusión en un caso en el que el *extraneus* había decidido satisfacer la solicitud de ilícita retribución del funcionario público, y ello es para obtener, sin tener el derecho, el contrato en curso de adjudicación, ya sea para evitar las retorsiones (*sub specie* expulsión de concursos futuros) amenazadas por el funcionario público en alternativa a la retribución misma⁸⁹. Una concusión ha sido también revisada en la conducta del vigilante urbano que se había hecho dar una ilícita retribución por parte de un comerciante ambulante abusivo planteándole, en caso de falta de aceptación, el secuestro, además legítimo, de la mercadería y del medio de transporte⁹⁰.

⁸⁸ V. FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 883 ss.

⁸⁹ Cas., VI, 18.11.1999.

⁹⁰ Cas., VI, 3.7.2000.

Pues bien, es pacífico que en estos casos el funcionario público deba responder por concusión (ya que, con abuso de los poderes, obliga al privado a retribuirlo), no veo las razones político-criminales para excluir que también el particular deba responder por su conducta, a título de corrupción activa. Aquél, fuera de los estereotipos de la mutua exclusión, no es en absoluto una víctima inocente del funcionario público, desde el momento que lo retribuye para obtener a cambio una acto indebido favorable a sí, un tratamiento mejor del que habría de otro modo (o sea: legítimamente). podido aspirar.

Tampoco me parece que existan razones normativas en apoyo del dogma de la mutua exclusión, y de la idea que, para nuestro derecho penal, el concuso deba siempre, por definición, considerarse una víctima inocente.

a) Aquel dogma, por ej., no se justifica en base al tenor literal de los arts. 317 del C.P. y 321 del C.P. De nada serviría evidenciar que el art. 317, al incriminar la concusión, considere como ilícita sólo la conducta del funcionario público y no la del particular concuso; y que el art. 321 del C.P., en cambio, en relación a los delitos de corrupción, establezca expresamente la punibilidad del particular corruptor, nada diciendo, una vez más, sobre la punibilidad del concuso. En realidad, que el art. 317 del C.P. no disponga nada en orden a la punibilidad del particular, se explica fácilmente con el hecho de que la concusión es sólo delito del funcionario público, y no del particular. La responsabilidad del particular es siempre responsabilidad por corrupción activa; la cual está ya definida en el seno del art. 321: quien quiera que concientemente da o promete una remuneración indebida a un funcionario público, para que éste tenga una conducta funcional (comisiva u omisiva) determinada o determinable ilegítima o, aun siendo legítima, discrecional, es un corruptor. Tampoco el tenor del art. 321 del C.P. permite limitar el campo aplicativo de éste sólo a los casos en los que el funcionario público cometa a su vez uno de los delitos recogidos en los arts. 318-320 del C.P., excluyendo así el caso en que éste cometa en cambio una concusión. En efecto, el expresado reenvío operado por el art. 321 del C.P. a favor en los arts. 318-320 del C.P. tiene, como finalidad exclusiva, la determinación de los márgenes legales de pena aplicable al particular que cometa corrupción activa⁹¹. Ello sirve exclusivamente para sancionar que

⁹¹ Por otra parte, si realmente la relación entre el art. 321 del c.p. y los arts. 318-320 del c.p. contemplase instaurar una interdependencia entre las respectivas conductas

El principio de ofensividad en la interpretación de las normas sobre...

al particular se apliquen: a) la pena de la que se habla en el art. 318, primer inciso, del C.P., si ha intentado retribuir indebidamente a un funcionario público para que éste cumpliera un acto (discrecional) conforme a los deberes de su oficio; b) la pena de la que habla el art. 319 del C.P., si él ha intentado retribuirle indebidamente para que cumpliera un acto contrario a los deberes de su oficio; c) las penas a las que se refiere el art. 320 del C.P., en relación a los antedichos arts. 318 y 319 del C.P., si el destinatario de la indebida remuneración es un encargado de un servicio público. Todo ello es perfectamente compatible con una responsabilidad del funcionario público tanto a título de corrupción pasiva como a título de concusión.

b) Tampoco vale, para justificar el dogma de la mutua exclusión de concusión y corrupción activa, la idea⁹² de que la concusión es un *delitto pluriofensivo* y que dicho carácter suyo encuentre razón en ello, que concentrándose la conducta ilícita del funcionario público en una coacción perpetrada mediante abuso, sería necesariamente lesionada, más allá de la imparcialidad y el buen funcionamiento de la administración pública, también la *libertad moral* del particular. Primero: esto sería verdad sólo si la concusión implicase necesariamente una agresión penalmente relevante a la libertad moral del concusado: es decir, si el abuso de los poderes, requerido por el art. 317 del C.P., debiese necesariamente consistir en una violencia o en una amenaza. Pero no es así. Una concusión por coacción – retorna-

ilícitas, la letra del primero debería recitar así: *en los casos del primer inciso del art. 318, en el art. 319, en el art. 319-ter, en el art. 320 en relación a las susodichas hipótesis de los artículos 318, 319 y 319-ter, las mismas penas allí previstas se aplican también a quien da o promete al funcionario público o al encargado de un servicio público dinero u otra utilidad.*

Como se sabe, en cambio, la disposición reza de otro modo:

Las penas establecidas en el primer inciso del art. 318, en el art. 320 en relación a las susodichas hipótesis de los arts. 318 y 319, se aplican también a quien da o promete al funcionario público o al encargado de un servicio público dinero u otra utilidad.

⁹² Doctrina casi uniforme: v., ad es., MANZINI, *Trattato*, V, cit., 178; GRISPIGNI, *I delitti contro la Pubblica amministrazione*, Roma, 1953, 146-7; PAGLIARO, *Principi*, PE, cit., 106; CERQUETTI, *Tutela penale della Pubblica amministrazione*, Napoli, 1996, 41-2; PIOLETTI, vocablo *Concussione*, en *Digesto delle discipline penali*, III, Torino, 1989, 3. *Contra*, pero sin particulares justificaciones, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, PS, I, cit., 202. En jurisprudencia por ej., Cas. pen., Stc. VI, 03/09/92, in *C.E.D. Cass.* 191972.

ré allí en breve⁹³ – puede también suceder mediante un abuso de los poderes que no asuma la forma de una violencia o de una amenaza. En estos casos, el argumento de la pluriofensividad de la concusión cae, y no vale por tanto para justificar el dogma de la mutua exclusión. Segundo, también para admitir que la concusión deba siempre, necesariamente, ocurrir con violencia o amenaza, no es difícil evidenciar cómo para nuestro Derecho penal no basta con haber estados constreñidos con violencia o amenaza para excluir la responsabilidad por haber cometido un delito: una violencia o amenaza cualquiera no tiene, de por sí, algún valor excusante o justificante; debe tratarse de una violencia o de una amenaza asumibles como una constricción física (art. 46 del C.P.) o como una coacción moral (54 del C.P.). Por otra parte, que la pena prevista para la concusión sea más severa que la prevista para la corrupción, no necesariamente depende de la pluriofensividad del primer delito: ello deriva más bien del hecho que la ofensividad típica de la concusión constituye la resultante de la suma de más desvalores que convergen en la conducta del funcionario público: el hacerse dar una utilidad indebida, el hacerlo de modo particularmente insidioso, o sea obligando al particular, y el abuso de los poderes o de la calidad, como instrumento para obtener dicho resultado⁹⁴.

c) Tampoco se puede decir, finalmente, que al concuso falte siempre, conceptualmente, el dolo del corruptor, y que «la concusión... no habría sino en el caso en el que la voluntad del extraneus estuviese viciada por violencia o por dolo»⁹⁵. No es verdad, en efecto, que la voluntad del

⁹³ Para todos, v. de cualquier modo CONTENTO, *Commento all'art. 317 c.p.*, en Padovani (dir.), *I delitti dei p.u. contro la Pubblica amministrazione*, Torino, 1996, 94.

⁹⁴ Para una alusión en tal sentido, e incluso en el ámbito de un planteamiento en el cual de cualquier modo, «en la economía estructural del tipo penal, el primer lugar concierne a la exigencia de tutela de la libertad de motivación y de decisión (denominado libertad moral) que debe ser inmune a interferencias y a presiones o sollicitaciones que se relacionen, en cualquier modo, a la posición del funcionario público», v. CONTENTO, *La concussione*, I, Milano, 1970, 29: «si se confronta, en términos de sanción, la más modesta tutela que la misma exigencia recibe en su previsión más general, es decir, en el art. 610 del c. p., respecto a la gravísima sanción legal prevista por el art. 317, debe convenirse que la importancia ... respecto a la posición central que el requisito del abuso de la cualidad o de las funciones asume en el delito de concusión es sin duda exacto ».

⁹⁵ LEVI, *Delitti*, cit., 280.

De esta única matriz, de fondo, derivan todos aquellos criterios de distinción entre concusión y corrupción, los cuales toman sobre todo como punto de apoyo ele-

concuso, a diferencia de la del corruptor, esté necesariamente, conceptualmente, viciada por violencia o amenaza⁹⁶: por el simple motivo de que la constricción concusiva no necesariamente debe ocurrir mediante una violencia o una amenaza. Pero también para admitir (sin conceder) que la voluntad del concuso sea siempre, por definición, viciada, una voluntad viciada es todavía siempre una voluntad y, como tal, ella es más que suficiente para integrar el dolo del tipo penal⁹⁷.

3.6. (Sigue) *Para una superación del dogma de la mutua exclusión de concusión y corrupción activa*. No existen pues razones normativas o político-criminales para afirmar que la conducta del concuso no pueda nunca, conceptualmente, poseer los requisitos típicos de una corrupción activa.

mentos relativos a la intención, al fin o a la voluntad del particular. Así, dado el criterio del daño podría sostenerse que, mientras el dolo del corruptor está propiamente caracterizado por el fin de obtener una ventaja (*de lucro captando*), el concuso estaría en cambio movido exclusivamente por la voluntad de evitar un mal amenazado (*de damno vitando*); considerando la teoría de las voluntades se podría, por otra parte, adelantar la idea de que en el concuso falte una libre y espontánea voluntad de retribuir al funcionario público donde en cambio el corruptor actúa en base a una libre elección, y que ésta constituya un presupuesto del dolo relativo al tipo penal; se podría finalmente considerar que, mientras el dolo del corruptor se caracteriza por eso, que el deseo del sujeto está dirigido a la obtención de la violación de los propios deberes por parte del funcionario público, el deseo del concurso en cambio no tiene nunca como objeto el abuso del funcionario público.

⁹⁶ Cfr. Por todos DE MARSICO, *Sul valore dell'iniziativa nella differenza tra concussione e corruzione*, en AP, 1948, II, 204.

⁹⁷ «En realidad, para poder sostener que la violencia y la amenaza excluyen el dolo, sería necesario poder afirmar que ellas impidan reconocer en el comportamiento de la persona necesitada la «voluntad» del hecho realizado. Mientras es claro que «la violencia o la amenaza [...] motivan sino al agente al hecho, pero sin que este impulso tenga alguna eficacia sobre el proceso de realización del evento», que queda plenamente voluntario»: PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973, 141 (la cita interna es sacada de ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, 1963, 133). El punto constituye por lo demás una asunción del todo dominante en el pensamiento penal contemporáneo, especialmente en opinión de la doctrina alemana. Ello, además, está en la base de la sistemática del delito característica de gran parte del penalismo del último quinquenio, que reconoce un dolo de tipo penal como elemento de la tipicidad, que consiste en la voluntad (y/o representación) de los elementos significativos del hecho, y reenvía a la culpabilidad la consideración de la normalidad, o menos, de los procesos de formación de la misma voluntad: cfr., por todos, DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 74 ss. y 252 ss.

Una superación del dogma de la mutua exclusión, sobre todo, es oportuno desde el punto de vista teleológico y político-judicial, ya que consiente poner un freno a la maciza instrumentalización que de aquél pueden hacer los sujetos imputados por corrupción activa, que hoy encuentran fácil amparo, una vez instalada la duda de que el funcionario público haya cometido concusión, detrás del velo de Maya de este artificioso «tipo normativo de víctima» que es el concuso.

Superar el dogma de la mutua exclusión *no* quiere decir, obviamente, que *todas las veces* que el funcionario público cometa una concusión el concuso deba ser punido por corrupción activa. Al contrario, como se ha indicado, en la gran parte de los casos ocurrirá lo contrario. Esto, sin embargo, no es debido al «silencio» del art. 317 del C.P. en mérito a la posición del particular, tampoco al reclamo operado por el art. 321 del C.P., sino al hecho de que *normalmente* la conducta del concuso no posee los extremos típicos de una corrupción activa, o de cualquier modo no posee el contenido de ilícito.

Son dos, en particular, los casos en los que la conducta del concuso está ciertamente privada de los requisitos típicos de una corrupción activa⁹⁸. Primero: cuando la concusión ocurre con mero *abuso de la cualidad*, que, a diferencia del abuso de los poderes, no implica referencia alguna al cumplimiento de un acto de oficio determinable, sino consiste, simplemente, en hacer valer la posición, que deriva del ejercicio de una función pública, con el fin de obligar o inducir a otros a lo indebido⁹⁹. Segundo:

⁹⁸ Más allá de las a continuación registradas, hay en verdad una ulterior hipótesis, en la que la conducta del concuso es atípica, por falta del dolo de corrupción activa: se trata de la hipótesis en la que el particular es engañado por el funcionario público sobre la naturaleza debida de la remuneración requerida, y por esto es «inducido» a retribuirlo. En el texto, sin embargo, me estoy ocupando sólo de la concusión por constricción.

⁹⁹ PAGLIARO, *Principi*, cit., 110; SEMINARA, sub art. 317 *c.p.*, en Crespi, Stella, Zuccalà (cur.), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2003, 906; BENUSSI, *I delitti*, cit., 355-6.

Es sin embargo necesario que la comunicación concusiva del funcionario público, en tal caso, tenga lugar *más allá de toda interacción fisiológica entre particular y funcionario público* respecto a la cual sea posible al funcionario público intervenir en virtud de la posición funcional cubierta; en caso contrario, la iniciativa del funcionario público sucedería sobre la base de una selección implícita de un campo de relieve, que

El principio de ofensividad en la interpretación de las normas sobre...

cuando el abuso de los poderes, del que se haya servido el funcionario público para obligar al particular a retribuirlo, ha consistido en la amenaza de *no cumplir* un *acto debido favorable* al particular: es éste el caso de la corrupción activa impropia antecedente por acto debido, de la cual – he buscado argumentar precedentemente (3.2) – el particular, ya *de iure condito*, no debería responder. Regresa en este ámbito también el caso en el que el abuso de los poderes, del que se haya servido el funcionario público para obligar al particular a retribuirlo, ha consistido en la amenaza de *cumplir* un *acto contrario a los deberes de oficio desfavorables* al particular¹⁰⁰: aquí el particular paga al funcionario público para que éste *no cumpla un acto que no debe cumplir*, y por consiguiente, una vez más, para que cumpla su deber.

Dicho esto, nada quita, sin embargo, que de vez en cuando la conducta del concuso presente los extremos típicos y el contenido de ilícito de una corrupción activa. En estos casos – he aquí el punto – no hay ninguna razón por la cual, ya *de iure condito*, el particular que da o promete responda por corrupción activa y el funcionario público que se hace dar o prometer responda por concusión.

tiene como objeto tanto la idea de los posibles intereses del particular susceptibles de ser perjudicados por una acción del funcionario público, como en el área de los posibles poderes explicables y conductas realizables; por parte de este último, en dirección de aquel perjuicio. Así: otro es que un agente de policía judicial bloquee a un transeúnte cualquiera, llamando la atención sobre la propia calidad; otro es, en cambio, que sea un oficial de la GdF, en el curso de un control contable, llamando la atención del comerciante, que es sometido, sobre la propia calidad. En este segundo caso hay, como en el primero, un reclamo implícito en los propios poderes (que sin embargo son indeterminados), pero a diferencia de que en ello, hay también, en virtud de la existencia de una específica relación entre particular y funcionario público y por consiguiente de un preciso interés del primero para que esta relación tenga cierto éxito, una implícita determinabilidad (si no hasta determinación) de los actos de oficio para el cumplimiento de los cuales el particular está dispuesto a satisfacer los pedidos del funcionario público.

¹⁰⁰ Conf. LEVI, *I delitti contro la Pubblica amministrazione nel diritto vigente e nel progetto*, Roma, 1930, 265: «Si se trata de hacer omitir un acto contrario al deber de oficio, en tanto ello no podrá nunca constituir corrupción... habrá concusión aunque el particular, a ello inducido por la perspectiva del acto arbitrario o dañoso (o en otra hipótesis del comportamiento del funcionario público, desde sus antecedentes, etc.), haya hecho la oferta».

Retomando una tipología de casos ya invocada *supra* (par. 3.5), esto ocurre, por ej., en todos los casos en los cuales el funcionario público, para obligar al particular a retribuirlo, se sirve sino de un abuso de poderes, que no asuma, sin embargo, la forma, o – si se quiere – la consistencia, de una verdadera y propia violencia o amenaza. Violencia y amenaza significan, respectivamente, ejecución actual de un mal *injusto* y planteamiento de la futura ejecución de un mal *injusto*. Un abuso de los poderes asume esta forma, por ej., todas las veces en las que el funcionario público amenace con cumplir un acto contrario a los deberes de oficio desfavorable al particular, o comience la ejecución de éstos, condicionando la fallida ejecución o la cesación al hecho de que el particular le dé o le prometa una utilidad. En ambos casos, como se ha dicho, la conducta del concuso que secunde los pedidos del funcionario público no podrá decirse dotada del contenido de ilícito propio de una corrupción activa, consistiendo en la retribución del funcionario público para que éste en efecto cumpla su deber. Pero un abuso de los poderes puede también no asumir la forma de una violencia o amenaza; lo que ocurre en caso de que el funcionario público, tomando inspiración de una situación de objetiva dificultad en la que se sirve el particular, plantee el cumplimiento de un acto debido (o también discrecional, pero conforme a los deberes de oficio) a éste desfavorable, o comience la ejecución de éste, condicionando sin embargo la fallida ejecución o la cesación en el hecho de que el particular le dé o le prometa una utilidad. Se piensa por ej., en el caso del agente de policía judicial que, coja a una persona en la flagrante comisión de uno de los delitos de los que habla el art. 380 del C.P., le plantee la posibilidad de no arrestarlo, como sería en cambio obligatorio, a cambio de una cualquier prestación indebida por parte del primero.

Todas las veces que el particular realice una conducta típica de corrupción activa, ya que está constreñido por el funcionario público mediante abuso de los poderes que no asuma las formas de una violencia o de una amenaza, no hay razón para excluir que el acontecimiento global pueda ser contextualmente leído desde dos puntos de vista distintos, de acuerdo con el diverso contenido de ilícito de las dos conductas que en ella confluyen: el funcionario público merecerá ser punido más gravemente que en el caso en el que cometa una «simple» corrupción pasiva, ya que habrá obligado al particular a retribuirlo, y lo habrá hecho abusando de los propios poderes; también el particular, sin embargo, merecerá ser castiga-

do, ya sea menos gravemente respecto al funcionario público, ya que él ha, de cualquier modo, realizado una conducta típica de corrupción activa (propia, en particular), y lo ha hecho con el fin de conseguir ventaja del abuso del funcionario público. El hecho de que él haya sido obligado a hacerlo no vale en tal caso para excluir la responsabilidad de ello.

3.6 (Sigue) ¿Una *concusión ambiental*? La superación del dogma de la mutua exclusión debería, entre otro, consentir a determinar cuál es *de iure condito* la justa colocación de las cuestiones que parte de la jurisprudencia tiende recientemente a resolver por medio de la figura de la denominada *concusión ambiental*.

La interrogante, en particular, es ésta: ¿Cómo se determina, rigiendo la regulación actual, la responsabilidad penal de los dos sujetos en el caso en el que el funcionario público «recibe o retiene indebidamente... dinero u otra utilidad..., explotando la convicción ajena determinada por situaciones ambientales, reales o supuestas, de no poder, de otro modo, contar con un tratamiento imparcial» (art. 138, primer inciso, n. 5 del *Schema Pagliaro*)?

La primera cosa por hacer, una vez más, es considerar distintamente las posiciones de los dos sujetos implicados.

Por esto que considera el funcionario público, es necesario recordar que una iniciativa suya real constituye elemento conceptual de la conducta de concusión; tal elemento, además, se entiende en sentido sustancial, y ya no en los meros términos de una propuesta formal de cambio: él recurre, en fin, dondequiera que el funcionario público – más allá de toda previa oferta del particular – se sirva, para comunicar su intención de hacerse dar una utilidad indebida, de comportamientos dotados de idoneidad comunicativa en el contexto social en referencia. Así, frente a un particular que pide el cumplimiento de un cierto acto legítimo, será suficiente que el funcionario público se preocupe por obstáculos de diferente género, por ejemplo teniendo un comportamiento sobremanera capcioso u obstruccionista: aquél por el cual, no obstante el sentido explícito de la comunicación no tenga nada que ver, pueda inferirse la verdadera intención (concusiva) del funcionario público. Ya ésta sería entendida como una iniciativa de concusión.

Bajo este perfil, parece tomar un dudoso aspecto de verdad aquella tendencia jurisprudencial más reciente, por la cual sería calificada como

concusión (ambiental) aquella conducta que se manifiesta «a través de la referencia a una convención tácitamente reconocida, que el funcionario público hace valer y que el particular sufre, en el contexto de una comunicación hecha más simple en la sustancia y más imprecisa en las formas por el hecho de recurrir a reglas ya «codificadas»». En efecto, «ello no quiere decir que pueda prescindirse de un comportamiento constrictivo...del funcionario público, sino sólo que la conducta constrictiva...puede realizarse y ser tomada en comportamientos que, donde faltase el «cuadro ambiental», podrían ser considerados penalmente insignificantes»: ¹⁰¹ es preciso, en otros términos, «contextualizar el juicio» en cuanto se procede a la reconstrucción del significado de los comportamientos concluyentes, tener en cuenta que ciertos comportamientos quieren decir en ciertos ambientes o en ciertos contextos sociales más que en otros, y no limitarse al sentido *prima facie* que para ellos se deriva de su sola apariencia formal.

Hasta aquí la denominada concusión ambiental no produce ningún tipo de problema conceptual: se trata de una verdadera y propia concusión, punible ya en los sentidos del art. 317 del c.p., por la que surgen, a lo más, dificultades de orden probatorio acerca del significado real del comportamiento del funcionario público.

La valoración, sin embargo, se hace más delicada cuando se encuentre frente a situaciones en las cuales al funcionario público no le sea imputable alguna iniciativa actual —sea ésta explícita o implícita y, por decirlo así, meramente de comportamiento—. Ello ocurre en particular en caso de que el funcionario público no haya mantenido algún tipo de relación comunicativa con el particular, antes que éste, movido por un *autónomo* temor de no obtener de otro modo un comportamiento imparcial, formule su oferta retributiva. Respecto a esta eventualidad será preciso distinguir con cuidado.

- a) Si el temor del particular es sustancialmente injustificado, y el funcionario público, aun conciente de la errónea representación o del temor, se limita a aprovecharse de esto, éste no podrá responder por corrupción impropia, eventualmente agravada *ex* art. 61 n. 5 del C.P.

¹⁰¹ Cas. pen., Stc. VI, 13/07/1988, C.E.D. Cass. 213422.

- b) El funcionario público deberá del mismo modo responder por corrupción impropia también en la hipótesis en la que el temor del particular sea fundado, pero la situación ambiental global que constituye la causa de ello no sea concientemente querida por el primero, tampoco a él imputable: es decir, cuando éste no es conciente del hecho de que el particular no tenga otro modo real de obtener un tratamiento imparcial, que no sea el de corromper a uno de los funcionarios públicos competentes.
- c) De otra manera, será necesario concluir, en cambio, cuando la *situación ambiental* sea el fruto de un conciente acuerdo generalizado (es decir, que no tenga consideración de este o aquel acto, de esta o aquella persona), o también sólo de una conciente práctica generalizada, entre varios funcionarios públicos de una cierta rama local o específica de la administración pública que tenga por efecto el de hacer *constantemente* de la indebida remuneración una condición necesaria para el cumplimiento de los actos de la función. En este caso no hay ninguna necesidad de que el singular funcionario público, que concientemente participa en la «pandilla», tome siempre una puntual iniciativa de concusión. Donde el particular lo retribuya *efectivamente conciente de las circunstancias ambientales* antedichas, el funcionario público que reciba deberá responder por concusión. Todos los participantes en la «pandilla», además, donde recurran situaciones de suficiente estructuración del acuerdo, deberían considerarse responsables de asociación para delinquir, en base a lo dispuesto en los arts. 416 y 317 del C.P.

En cuanto a la responsabilidad del particular, el discurso es mucho más simple: bastará con aplicar las reglas generales arriba enunciadas, así para excluir basta ser «víctima» de *concusión ambiental* para estar exentos de responsabilidad penal. Aquí emerge el verdadero defecto del recurso jurisprudencial a la figura en cuestión: que de hecho – aplicada sobre el presupuesto del dogma de la mutua exclusión – se convierte en un instrumento de indulgencia hacia el corruptor.

Aparte de esto, valga solamente una puntualización. Cuando falte del todo una iniciativa concusiva del funcionario público, o de cualquier modo la posibilidad de imputar a éste su conducta a título de concusión, la exclusión de la responsabilidad del particular descenderá, si concurren los requisitos del mismo *estado de necesidad*, de la aplicación del primer y no del tercer inciso del art. 54 del C.P.: en este caso, mientras que el funcionario

público responderá por corrupción impropia, el particular estará exento de pena, ya que es obligado (o convencido, por error, de ser obligado: art. 59, inciso cuarto, del C.P.) por la situación ambiental a cometer el delito del que trata el art. 321 del C.P. a fin de evitar el peligro actual de un daño grave a la persona, peligro por el no querido ni de otro modo evitable¹⁰².

¹⁰² En sentido contrario ha sin embargo recientemente decidido Cas. pen., Sez. VI, 13/07/1998, *C.E.D. Cass.* 231422.

LA VENALIDAD EN LOS NEGOCIOS PRIVADOS: NUEVOS PELIGROS PARA LA INTEGRIDAD EMPRESARIAL

JOAN J. QUERALT

Universidad de Barcelona, España

1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

De un tiempo a esta parte, facilitado sin duda por una regulación legal más exigente para con los directivos de las entidades mercantiles y los funcionarios públicos, vienen saltando a la palestra casos tanto de consunción entre lo público y lo privado como casos de clara malas prácticas en el seno de sociedades mercantiles de todos los ámbitos y tamaños.

El tema de la corrupción pública¹ ha venido ocupando a juristas y politólogos desde tiempo inmemorial, es decir, desde que se toma conciencia intelectual de la existencia del poder.

Sólo en relativamente recientes fechas², se ha empezado el estudio de estos fenómenos. Únicamente, algún tiempo después se ha empezado a dar una respuesta penal, tras profundos y constantes cambios en el mundo mercantil y financiero. Al principio, tanto los estudios como las reformas

¹ Entiendo que la corrupción pública trasciende al peculado; con ser esta la más llamativa, no es la más relevante; la corrupción estrictamente política, con o sin ventajas patrimoniales de por medio, esto es, la puesta a disposición de intereses no públicos, legítimos o ilegítimos, de los poderes y servicios públicos. Ni la una ni la otra son objeto de las presentes líneas, pero están perfectamente interrelacionadas en no pocas ocasiones.

² La primera aportación a lo que se conoce como delincuencia de *cuello blanco* la efectúa SUTHERLAND, *White collar criminality*, en *American Sociological Review* (5),

legales provenían esencialmente del mundo anglosajón y llegan a la Europa continental, con menor desarrollo de sus estructuras económicas, con bastante retraso. Hoy día, empero por mor, tanto de la Unión Europea, que impone a fortiori, determinadas políticas prácticamente idénticas, también en su vertiente jurídica, como de la globalización económica, la aproximación entre los antaño universos estancos es vertiginosa. Sin embargo, queda aun un amplio camino por recorrer en el ámbito de la seguridad jurídica y de una conciencia tanto social como de los operadores de que el delito de corrupción en sentido amplio también se enseñoorea en la esfera de los negocios privados, con graves repercusiones en los intereses particulares de terceros inocentes, cuando no en los generales.

La situación en España, sin ser ajena radicalmente, al marco descrito presenta algunas llamativas peculiaridades. En efecto, a diferencia de la corrupción en el ámbito político y de la función pública la corrupción estrictamente en el ámbito privado, y más concretamente, en el mundo de los negocios, no es algo que parece interesar en alto grado ni la doctrina ni a la opinión pública, más allá de los escándalos que con regularidad salan a la luz³. Ciertamente escepticismo, cuando no fatalismo, históricamente justificable, pero no hoy en día, hacen mella en un opinión pública.

En efecto, salvo aportaciones más o menos interesadas, cuando no demagógicas, no existe un tratamiento global de la corrupción mercantil en España y menos aun, por lo que alcanzo a ver, del llamado soborno privado, que no es más que una parte de aquélla⁴. Desde el punto de vista sociológico, el análisis más serio que conozco fue elaborado por Demos-

1940, pp. 12 ss. En las doce páginas de este breve ensayo se contiene el embrión del estudio de un fenómeno que no ha cesado. Casi una década más tarde aparece su monografía *White collar crime*, 1949 [traducción castellana: *El delito de cuello blanco*, de R. del OLMO, Caracas 1969 y Madrid, 1999] y tres décadas y media más tarde aparece la versión íntegra: *White collar crime : the uncut version* (con introducción de G. GEIS y C. GOFF), New Haven, 1983.

³ Vid. GRECO, *Evaluation Report on Spain*, Strasbourg, 15-06-2001, punto 137 (<http://greco.coe.int/IndexF.htm>); en la misma página puede hallarse la versión francesa. Una versión española a cargo de J. González Aznar ha sido publicada por la Fundació Carles Pi-Sunyer, Barcelona, 2002; puede examinarse también en <http://www.pisunyer.org/pdf/document15.pdf>.

⁴ Con todo, vid. F. SOSA, *Los Juristas, las óperas y otras soserías*, Madrid, 1997, passim; A. NIETO, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, 1999, passim; P. AN-

La venalidad en los negocios privados: nuevos peligros para la integridad...

copia para el rotativo El País y publicado el 13-3-1995. Para lo que aquí interesa, de acuerdo a dicha encuesta, pese a cierta fragmentación de la opinión pública, eran percibidos como de igual gravedad los hechos de corrupción privada⁵ (casos, por ejemplo, Javier de la Rosa⁶, Mario Conde⁷, Kepro⁸, PSV⁹ Bankpyme¹⁰, *los Albertos*¹¹, Alfaro¹², ...) como los hechos de corrupción pública (casos, entre otros, Liaño¹³, Roldán¹⁴, Estevill¹⁵, Urralburu¹⁶, *Túnel de Soller*¹⁷, Gil y Gil¹⁸, *Fondos Reservados*¹⁹, Dimas Martín²⁰,

DRÉS IBÁÑEZ (coord.) *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, 1999, *passim*.

- ⁵ PÉREZ DEL VALLE, *Introducción al Derecho penal económico*, en *Derecho penal económico* (E. BACIGALUPO dir.), Buenos aires, 2000, pp. 38, recuerda la conexión entre la corrupción pública y privada, integrando ambas el Derecho penal económico. De ahí, las interesantes consideraciones sobre la aportación de nuevos bienes jurídico-penales que efectúa, MARTÍNEZ-PÉREZ, *Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del 'Big Crunch' y la selección de bienes jurídico-penales*, en *La Política criminal en Europa* (S. MIR/M. CORCOY dirs./V. GÓMEZ, coord.), Barcelona, 2004, pp. 96 ss., con información. En contra de esta posición, en favor de un derecho penal de mínimos, SILVA, *La expansión del Derecho penal*, 2001, *passim*.
- ⁶ Existen varias resoluciones sobre las actividades de este sujeto, así, entre otras, SSTs 24-2-2002, 3-7-2002, 25-1-2006, 11-9-2007; el asunto de mayor relieve – Grand Tibidabo – ha sido sentenciado en instancia por la SAP-2 Barcelona 12-2-2008.
- ⁷ Ya condenado en dos ocasiones: SSTs 27-2-1998 –caso Argentina Trust– y 29-7-2002 –caso Banesto–, en esta última con penas que pasan de los 10 a los 20 años de prisión.
- ⁸ STS 15-7-2002.
- ⁹ STS 9-10-2003.
- ¹⁰ STS 2-6-2005.
- ¹¹ STS 14-3-2003, anulada, justamente, por la STC 29/2008.
- ¹² STS 8-2-2006.
- ¹³ STS 5-10-1999.
- ¹⁴ STS 21-12-1999.
- ¹⁵ SSTs 4-7-1996, 30-10-2001, 7-4-2006.
- ¹⁶ STS 28-3-2001.
- ¹⁷ STS 26-10-2001.
- ¹⁸ STS 15-4-2002.
- ¹⁹ STS 18-10-2004.
- ²⁰ La última, STS 19-5-2006.

INDELSO²¹, *Caso Turismo*²², ...) ²³; no así con los claramente políticos, significativamente los relativos al tema GAL -terrorismo de Estado-²⁴ o el del ex fallecido Gobernador del Banco de España. En efecto, quienes así pensaban suponían un 41%, mientras que el GAL, con 27 asesinatos y otras fechorías, era considerado como más grave que los delitos económicos sólo por el 37%. Ello al margen de casos de corrupción estrictamente político como el caso Naseiro –financiación irregular del Partido Popular²⁵- o el caso FILESA –financiación irregular del Partido Socialista Obrero Español²⁶–.

Más recientemente, el escándalo Gescartera –un caso claro de pirámide de financiera- con dinero volatilizado –más de 100.000.000 euros– y extraños depositantes (Obispos, instituciones públicas –civiles, policiales y militares-, ciertas personalidades, ...), que saltó a la palestra el año 2000 y a diciembre de 2007 está visto para sentencia, ha supuesto una clara muestra de corrupción privada y pública entremezcladas, y no poco escepticismo de la opinión pública, escepticismo que hoy no tiene la base fáctica que tuvo antaño. La Justicia es ciertamente lenta, pero inexorable²⁷. Sea como fuere la corrupción privada no parece aun un tema excesivamente maduro en la opinión pública española, pese a los casos surgidos y las graves condenas recaídas²⁸

²¹ STS 10-7-2006.

²² STS 9-6-2007.

²³ Otros casos, como cesión de primas únicas del entonces Banco Santander, ha sido finalmente archivado por un peculiar entendimiento de la falta de acusación, contrario al art. 35 y 125 CE (cfr. SAN 20-12-2006 y STS 17-12-2007).

²⁴ Por ejemplo, SSTs 29-7-1998 (Caso Marey- en la que se condena, entre otros, al Ministro del Interior, al Secretario de Estado de Seguridad, al Director de la Seguridad del Estado y a varios mandos superiores de la Policía, entre otros) o 20-7-2001 (caso Lasa y Zabala -con condena por doble asesinato, detenciones ilegales y otras graves infracciones, entre otros, a un General de la Guardia Civil-); todas ellas confirmadas por el TC: SSTC 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70/2001 y STC 155/2002, respectivamente.

²⁵ STS 18-6-1992.

²⁶ STS 28-11-1997, confirmada por SSTC 123, 124, 125, 126 y 127/2001.

²⁷ Otros casos sonoros finalmente se han saldado con absoluciones ya sea en la instancia (Caso Jubilaciones del Santander, STS 17-7-2006), ya sea en casación (Caso Jubilaciones de BBVA, STS 16-11-2006).

²⁸ Vid. GRECO 2001, *cit.*, punto 139. Tampoco pareció merecer mayor interés gubernamental. El 31-12-2002 vencía el plazo dado por el citado Grupo de trabajo

2. LA LLAMADA CORRUPCIÓN PRIVADA Y LOS MOVIMIENTOS POLÍTICO-CRIMINALES PARA COMBATIRLA

a. Inadecuación de los esquemas propios de la función pública

En el terreno del Derecho público, las conductas que están en juego cuando aludimos a la corrupción, se centran fundamentalmente en el soborno, el tráfico de influencias, la prevaricación y la malversación de caudales públicos, conjunta o aisladamente. En la esfera privada, en cambio, las figuras han de ser otras, pues el objetivo que persiguen las organizaciones públicas y las privadas son diversos; las primeras sometidas a la persecución del interés general de acuerdo con la Ley y las segundas a la obtención de beneficios legítimos en favor de unos pocos.

Como veremos, en este contexto hablar de soborno privado o de tráfico de influencias es equívoco, pues a diferencia de lo que ocurre en el sector público, la comisión por hacer algo en la esfera comercial es algo perfectamente lícito. Los intermediarios no son ajenos al mundo mercantil y son seguramente necesarios, al igual que motivar a los directivos para que acepten negociar con otras corporación. *Calificar de buenas o malas las decisiones adoptadas tanto en material de política societaria como en materia de gastos e ingresos dependerá de si se ha conseguido el objetivo final de la empresa privada: incrementar los beneficios.* En tal caso, los llamados sobornos privados serán incentivos y los gastos, excesivos o no, se convierten en inversiones. Todo lo contrario de lo que sucede en el mundo público, donde el beneficio económico no desempeña significado alguno.

Una primera conclusión es obvia: la ausencia específica de un delito de soborno privado.

para que el Reino de España ofreciera el listado de soluciones que se proponían para solventar las deficiencias advertidas, especialmente en materia de falta de independencia real de la Fiscalía respecto del Poder Ejecutivo. No se cumplió sino hasta 11/15-6-2001; vid. *Premier Cycle d'Evaluation. Rapport de Conformité sur l'Espagne*. GRECO, 15ª Reunión Plenaria, Estrasburgo, 13/17-10-2003 ([http://www.coe.int/t/dg1/greco/evaluations/round1/GrecoRC1\(2003\)7_Spain_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dg1/greco/evaluations/round1/GrecoRC1(2003)7_Spain_FR.pdf)), ampliado posteriormente en la reunión 24ª Reunión plenaria, Estrasburgo 24/27-6-2005 ([http://www.coe.int/t/dg1/greco/evaluations/round1/GrecoRC1\(2003\)7_Add_Spain_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dg1/greco/evaluations/round1/GrecoRC1(2003)7_Add_Spain_FR.pdf)).

La estricta regulación penal –junto a una abundante y severa regulación disciplinaria– de los delitos contra las administraciones públicas ha chocado siempre, en España, con la *ausencia de un específica regulación penal de la corrupción en sede de Derecho privado*, singularmente en el seno de las operaciones mercantiles y societarias. Pese a haber sido criticada ampliamente esta laguna punitiva, su castigo sólo podía acontecer de modo muy indirecto y periférico acudiendo a la antigua regulación de la apropiación indebida, contenida en el art. 535 CP-73. Esta ha sido la solución que hubo que dar a algún caso famoso de corrupción societaria²⁹.

En suma, *en el Derecho penal español no está penado como tal el soborno de empleados de entidades comerciales privadas por parte de terceros ni tan siquiera de otros sujetos que procedan el interior de la entidad y que se interesan por una ventaja que sólo mediante ese medio ilícito puedan obtener*.

b. La lucha en el ámbito internacional

Sin embargo, dado que las empresas pueden sufrir mermas económicas significativas por una gestión incorrecta de su patrimonio y dada la globalización de la Economía, vienen efectuándose de un tiempo acá estudios comparados en especial dentro del ámbito regional europeo sobre diversos aspectos de la corrupción, estudios que son llevados a cabo por prestigiosas instituciones académicas. Dejando de lado, instituciones consultivas como le mencionado GRECO, que dedica sus esfuerzos actuales a este terreno, podemos destacar, entre otros, las siguientes aportaciones: *Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts. Europäischen Kolloquium*³⁰, *Towards a European criminal law against organised crime. Proposals and summaries of the Joint European Project to Counter Organised crime (Falcone programme E. U.)*³¹, *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*³², *Commercial Bribery Laws in Major OECD Country Groups*³³.

²⁹ Caso *Argentina Trust*, vid. STS 28-2-1998, pues los hechos ocurrieran bajo la vigencia del código anterior.

³⁰ Tréveris 4-6 marzo 1999, B. HUBER (Hrsg.), Colonia-Bonn-Berlin-Munich, 2000.

³¹ V. MILITELLO (ed.), Friburgo de Brisgovia, 2001.

³² J. C. FERRÉ OLIVÉ (ed.), Salamanca, 2002.

³³ G. HEINE y B. HUBER (eds.), en prensa, con informes nacionales de R. ACQUAROLI, S. BONIFASSI, N. CAPUS, B-S. CHO, J. FENYK, L. FOFFANI,

Cierta atención merece esta última contribución. Se trata de un proyecto de Derecho comparado, encargado por Cámara Internacional de Comercio de París, con la finalidad analizar los fundamentos jurídicos en las esferas penal, civil y administrativa de los ordenamientos de la lucha contra la corrupción privada en los países más importantes de la OCDE, tales como Alemania, Francia, Inglaterra, Italia, Checoslovaquia, Suiza, Suecia, Polonia, España, Países Bajos, Corea, Japón y Estados Unidos. Ello permitirá según el encargo de la propia Cámara Internacional de Comercio la puesta en común del análisis del fenómeno y la eventual adopción de políticas conjuntas para luchar contra ese fenómeno. Sin embargo, estamos aun lejos de poder atajar este mal en el seno de una Economía transnacionalizada. Aunque parece existir una tímida tendencia gubernamental, especialmente en el ámbito de la OCDE, en adoptar una convención internacional en materia de corrupción privada análoga a la Convención sobre la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 17-12-1997³⁴, los trabajos distan mucho de haber superado una primera fase embrionaria³⁵.

Las líneas que siguen, pues, van destinadas a exponer cómo el Derecho español, en especial, el Derecho penal, afronta este reciente advertido fenómeno criminal de la corrupción privada.

4. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES FIGURAS JURÍDICO-PENALES ESPAÑOLAS

Pese a la ausencia de un castigo específico, ello no significa que los afectados, las empresas, sus propietarios -los accionistas- y el mercado en general, estén desprotegidas por el ordenamiento. Por lo que afecta a

K. HENDERSON, PH. KELLER, K-L. KUNZ, M. LEIJONHUFVUD, E. PLYWACZEWSKI, J. QUERALT, S. SAITO, B. SULLIVAN, P. TAK, M. ÜBERHOFEN.

³⁴ Que ha llevado a la inclusión en el CP del art. 445 por la LO 3/2000, retocada por la LO 15/2003.

³⁵ La necesidad de castigo nacional específico y de colaboración internacional en la materia queda patente a la vista el último informe de Transparency Internacional (6-12-2007: http://www.transparency.org/content/download/27458/413669/file/GCB_2007_report_esp_02-12-2007.pdf), donde la corrupción empresarial es percibida como la cuarta causa de corrupción a nivel mundial.

nuestra área, *varias pueden ser las figuras delictivas y no delictivas que pueden entrar en juego*, dando una razonable garantía jurídica a la integridad de las transacciones comerciales tanto internas como externas. Así el campo jurídico-penal diversas son las figuras aplicables, en atención al concreto bien jurídico-penal puesto en peligro o lesionado, a la dinámica comisiva o, incluso, al lugar y modo en que ésta se realice³⁶.

1. Elenco jurídico-penal

Yendo de una perspectiva más general a una más particular, en el campo jurídico-penal aparecen algunas variantes del delito societario denominado legalmente *administración fraudulenta* (art. 295 CP). Muy próximo a esta infracción nos encontraríamos con la *administración desleal* (art. 252 CP), incluida en el mismo precepto que la antigua apropiación indebida, pero con alcance y ámbito de protección jurídico-penal radicalmente diverso³⁷. En segundo lugar, en campos específicos, estaría la *divulgación y tráfico de secretos de empresa* (arts. 199. 1, 279 CP); si estos secretos hacen referencia a aspectos relativos a la contratación en mercados de valores entraría en el delito de *abuso de información privilegiada* (art. 285-286 CP). Igualmente, se castiga en quebranto del *secreto profesional de los terceros externos* a la empresa pero que, por razón de sus relaciones profesionales conocen y divulgan sus secretos (art. 199. 2 CP). Además, con *carácter general*, el CP español *prevé que quien obra movido por precio, recompensa o promesa* (art. 22, 3ª CP) recibe la *pena* de que se trate, como mínimo, en su *mitad superior*. A parte de estas infracciones, en buena medida introducidas por el CP de 1995, podemos contar, como la reciente práctica criminal demuestra, con delitos más tradicionales: la *estafa* y las *falsedades documentales*³⁸.

³⁶ En todas las figuras que se expondrán los comportamientos son ex lege exclusivamente dolosos. La imprudencia o los daños imprudentes deberán, en su caso, ser exigidos y probados en la jurisdicción civil.

³⁷ Me aparto (vid. mi *Derecho penal español Parte especial*, 52007, pp. 509 ss.) de la doctrina dominante (por todos, MARTÍNEZ-PÉREZ BUJÁN, *Derecho penal económico*, 2002, pp. 270 ss., 277 ss., con amplia información) a la hora de catalogar estas infracciones relativas a la mal llamada administración societaria desleal. De todos modos, el punto al que, en parte, llega la STS 29-7-2002 -Caso Banesto- he manifestado hacerlo mío (*op. cit.*, p. 375 ss.).

³⁸ Dejamos la margen, por exceder las presentes líneas, las *posibilidades* que ofrecen el Derecho privado y el Derecho laboral; en todo caso, las líneas del texto han de

De este modo el tema central en materia penal resultará ser la llamada por la ley administración fraudulenta³⁹ en la variante muy frecuente del cobro de *comisiones ilegítimas*⁴⁰ por parte de administradores de hecho o de derecho. En efecto, estas percepciones ilegales y al margen de los contratos firmados o dejados de firmar tienen un componente fiscal, dado que, al menos en el *ámbito oficial* de la OCDE, no resulta admisible la desgravación como gastos por parte de las empresas. Evidentemente, quien recibe una cantidad de dinero, un bien o servicio económicamente que incrementa su patrimonio debe proceder a su declaración fiscal y a correr, en su caso, con los impuestos pertinentes; pero en este caso sucedería, al menos en la mayoría de supuestos, que saldría a la luz el origen del ingreso: la operación fraudulenta en perjuicio del principal del que ha recibido la contraprestación. Sin embargo, cuando tales sobornos tienen como sujeto a empleados que no puedan ser considerados a la luz de la Ley penal española como administradores de hecho o de derecho no será fácil su incardinación como delito criminal, al margen del eventual fraude fiscal.

Así, dejando a salvo la revelación de secretos empresariales y situaciones de intimidación del empleado sobornado, podría quedar libre la vía de la estafa. De este modo, si una tercera compañía desea obtener una ventaja contractual —de otra índole debería ser estudiada ad casum— y para ello soborna a un empleado de la entidad con la que va a contactar a fin de que el citado empleado presente la operación o algunos de sus elementos o circunstancias de modo que induzca a error sobre su bondad a quienes deben adoptar societariamente la decisión de concluir o no la operación, estamos en presencia de una estafa. El autor sería el sujeto responsable de la tercera entidad y el empleado sobornado sería coautor o cooperador necesario en función de su intervención en los hechos.

Reténgase, pues, que en Derecho español, ante la falta de una figura directa regule el soborno en el seno de la actividad mercantil —cuestión aparte es su necesidad político-criminal—, hay que recurrir a otros precep-

ser entendidas dejando a salvo el *carácter fragmentario del Derecho penal y la separación*, que ha de reiterarse una vez más, entre *Derecho y moral*.

³⁹ Nomen iuris ex lege que pasa por alto la mayor parte de la doctrina en España.

⁴⁰ Así, GÓMEZ BENÍTEZ, *Corrupción y delito de administración desleal*, La Ley, 2000, passim.

tos, incluso a algunos muy tradicionales, para dar cobertura penal a los supuestos más graves.

2. Análisis de las infracciones

En este momento cabe decir que la legislación penal española atiende a *diversos bienes jurídicos*. El *delito societario*, por ejemplo, afecta la integridad patrimonial de las entidades que participan en el mercado de modo estable, sancionando las conductas de sus administradores que les causen un perjuicio económico en provecho propio. No hay que pasar por alto que la práctica comercial demuestra que el soborno, de una u otra forma, va incluido en muchas ocasiones en el precio o valor de la operación en la que intervienen la sociedad en la que el administrador corrupto participa; el importe de la corrupción se repercute en el precio, de modo que, también en este aspecto, no sólo en el negocial, la entidad que alberga un dirigente corrupto se ve perjudicada. Por ello, a la vista de este específico perjuicio puede acudirse figuras más tradicionales como las expuestas, cuando una figura más apropiada, como la administración fraudulenta, no pueda entrar en juego.

a. La administración fraudulenta⁴¹

Dadas las singularidades del Derecho español, conviene, como primer elemento del delito estudiar quien pueda ser, por un lado, el sujeto del mismo y, por otro la víctima. A continuación, podrá verse en detalle las diversas modalidades del comportamiento criminal y los requisitos que exige la ley para poder proceder al castigo. Éste, como veremos, requiere que en efecto se haya realizado el acto en perjuicio de la sociedad y otras víctimas, sin que sea necesario que el sobornado haya llegado a gozar del ilícito beneficio de la corrupción.

Por lo que respecta a quién puede ser *sujeto del soborno activo* en la esfera privada, en este sector del Derecho penal, los delitos societarios, el sujeto debe ser un *administrador de hecho o de derecho*. Por *administrador de derecho* hay que entender aquel sujeto que ocupa, conforme a la

⁴¹ El art. 295 CP contiene otras esferas de comportamiento criminal que aquí resultan irrelevantes. Igualmente resulta irrelevante para nuestra exposición el origen legislativo del mismo, es decir, la mens legislatoris.

legislación de sociedades, una posición en el Consejo de administración o de Dirección de la empresa (arts. 116 ss. Ccom. –Código de Comercio, 1692 ss. CC- Código Civil-, 125 ss. LSA –Ley de Sociedades Anónimas-, ...). Así, para las entidades que tienen un órgano de **administración colectivo** (consejo de administración), cualquiera de los vocales o consejeros, incluido su presidente, aunque tenga facultades quasi representativas y, muy especialmente, el consejero-delegado; en ningún caso el secretario del Consejo no consejero; para las sociedades que tengan un **órgano unipersonal** de administración, el **administrador único**. Todos estos cargos, nombrados conforme a los estatutos se hallan inscritos en los correspondientes registros públicos. Nótese que en España, siguiendo en cierta medida el modelo francés, es habitual la existencia, para las grandes sociedades, de un Consejero-Delegado que concreta prácticamente todos los poderes del Consejo de Administración. No es infrecuente tampoco que las grandes y las medidas sociedades, junto al Consejero-Delegado, si existe, figuren varios Directores Generales, incluso un Presidente Ejecutivo, todos ellos con poderes solidarios.

Con todo, la situación de **poder** en las empresas, singularmente en aquellas en que el entramado es complejo, máxime si no hay socios o grupos mayoritarios, el poder de dirección gravita en zonas más alejadas del Consejo de administración. En mi opinión, cuando el CP alude al **administrador de hecho** alude a también a **la persona que, en realidad, manda en la empresa**, persona que puede ser un alto directivo, sin necesidad de formar parte del Consejo de Administración de la entidad. Así, lo ha entendido acertadamente art. 95 II Ley del Mercado de Valores –LMV⁴²; no creo que pueda hablarse de administrador de hecho en puro sentido de la doctrina mercantilista: administrador cuyo mandato ha expirado y, aun sin sustitución, es cancelado de oficio por el Registrador mercantil. Aceptar esta solución supone una subordinación del Derecho penal

⁴² Artículo 95.

(...) *Ostentan cargos de administración o dirección en las entidades a que se refiere el párrafo anterior, a los efectos de lo dispuesto en este capítulo, sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, así como sus Directores generales y asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados del mismo. (...).*

a conceptos comerciales, sin base legal para tal subordinación, y, lo que sería aun más grave, dejar sin cubrir una importante esfera del *real mundo de los negocios*, sin mandato expreso de la Ley.

Como *sobornador activo* puede entrar en juego cualquier tercero ajeno a la empresa que busque el torcimiento ilegítimo de la formación de su voluntad. Dado que este comportamiento no está específicamente previsto en el Derecho penal español, sólo resultará punible como co-operador necesario del delito de administración fraudulenta. En efecto, tratándose este delito de un *delito especial propio* al extraneus no cabe considerarle autor, sino partícipe –inductor o cooperador necesario– en el delito del intraneus, aquí el administrador societario corrupto. De este modo, si el delito de administración fraudulenta no llega a ningún estadio punible –se requiere legalmente, cuándo menos tentativa⁴³–, *no nacerá tampoco, al menos por este posible delito, la responsabilidad criminal del corruptor*.

Las *víctimas de la administración fraudulenta*, para lo que aquí interesa, han de ser los socios⁴⁴ de la entidad. Dado que el legislador penal mantiene una concepción material de sociedad, la condición de socio lo ha de ser igualmente. En efecto, para el legislador penal, a la vista del art. 297 CP, que es un precepto meramente *enunciativo*, se consideran sociedades a efectos penales y sin ánimo exhaustivo⁴⁵ las cooperativas (LL 27/1999, General de Cooperativas, o 13/1989, de Cooperativas de Crédito), cajas de ahorro (L 31/1985), Mutuas (L 30/1995, sobre ordenación del seguro privado), entidades financieras (desde L 31-12-1946 hasta L 3/1994, de adopción de la normativa bancaria española a la comunitaria), o de crédito [RD-L 1/1986 (sociedades y fondos capital-riesgo), L 1/1999 (sociedades de garantía recíproca), L 25/2004 (reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras), ...], fundaciones (LL 30/1994 y 50/2002,

⁴³ No están castigados los actos preparatorios: conspiración, proposición y provocación (arts. 17. 2 y 18. 2 CP).

⁴⁴ De este delito no es víctima la sociedad, sino sus socios u otros titulares de bienes. Ello no deja ser sorprendente, puesto que el daño que se inflige a la sociedad no siempre pasa a los socios y aquélla goza de personalidad jurídica y, por tanto, patrimonio, separados de los de éstos.

⁴⁵ Téngase en cuenta las posteriores reformas de las normas que siguen, en algún caso, son auténticas reformulaciones.

La venalidad en los negocios privados: nuevos peligros para la integridad...

de fundaciones para el ámbito estatal), sociedades mercantiles [LSA (RDL 1564/1989), LSRL (L 2/1995)], sociedades anónimas laborales (L 4/1997, L 7/2003, sociedad limitada Nueva Empresa)], L 19/2005 (la sociedad anónima europea domiciliada en España), o entidades *análogas* (agrupaciones de interés económico -L 12/1991-, instituciones de inversión colectiva -L 46/1984-, etc.

Ante este *numerus apertus* habrá que estar a la esencia de lo que se entiende penalmente por sociedad: entidad con personalidad jurídica diferenciada de las personas físicas que la integran o que la dirigen, que intervienen en el mercado, tengan o no ánimo de lucro, aunque no busquen un beneficio, es decir, el reparto directo de ganancias entre los partícipes (tal sería el caso de cajas de ahorro, fundaciones, cooperativas o mutuas, p. ej.).

De esta suerte, las *asociaciones* (clubs, ateneos, centros excursionistas, agrupaciones culturales, asociaciones de vecinos, ...) salvo aquellos clubs deportivos que integren una SAD (L 10/1990), no tienen ánimo de lucro bajo ningún aspecto y, por tanto, no participan en la vida mercantil, esto es, no participan en el mercado (LO 1/2002: art. 1. apds. 2 y 4); tampoco participan los *partidos políticos* ni los *sindicatos* ni las *asociaciones empresariales*. En cambio, sí pueden participar las *sociedades civiles* (arts. 1665 ss. CC) y las *comunidades de bienes* (arts. 392 ss. CC), siempre que éstas tengan por objeto la copropiedad de activos cuya operatividad se pone en mano común.

Finalmente, la sociedad puede estar en *formación* o ya *constituida*; es decir, se trata de una persona jurídica plena, o de otra aun no consolidada jurídicamente por entero, pues la personalidad jurídica íntegra, tomando como paradigma las sociedades anónimas, se adquiere cuando se inscribe en el Registro Mercantil el acta fundacional y los estatutos (art. 7. 1 I LSA)⁴⁶.

Así delimitados los *aspectos relativos a los sujetos* del delito, llegamos al núcleo de la acción criminal y toca determinar los elementos legales. Una parte relativamente simple es la que hace referencia al medio de la

⁴⁶ Para lo que aquí interesa es indiferente los diversos modos de inscripción que están en función de las diversas modalidades de fundación de la entidad (arts. 28 y 29 LSA).

corrupción en sí. *Para ello bastará que se solicite, ofrezca y/o acepte una remuneración en dinero, símbolo que lo represente o en especie o promesa de hacerlo*, lo que vulgarmente se denominan comisiones o gabelas. Sin embargo, tal como hemos reiterado y a diferencia de lo que sucede en el ámbito público, tanto nacional como internacional, el legislador español no ha contemplados en la esfera privada la punición en sí misma de la corrupción; sólo cuando puede castigarse si se producen determinados hechos, aquí una operación fraudulenta, que sí sean delitos.

Por ello es decisivo, además de la constancia de la existencia del medio material de la corrupción y de su influencia decisiva en el caso concreto, que se haya llevado a cabo por el administrador corrupto una operación del art. 295 CP. Veamos, pues, los elementos de esta infracción. Tengamos presente que el delito contempla dos alternativas; por un lado, se encuentra la disposición fraudulenta y por otro la contracción, igualmente de modo fraudulento, de obligaciones con cargo a la entidad.

En primer lugar, la *disposición fraudulenta* de bienes de la sociedad por parte del administrador, aquí a instancias y/o en beneficio del tercero corruptor plantea alguna cuestión interpretativa. La terminología legal no es muy exacta, pues más bien parece que el legislador quiera reducir el ámbito de lo punible a sus mínimos elementos, lo que contrasta con la amplitud literal de otros preceptos emparentados. De una parte, se acumulan los elementos intencionales —que veremos más bajo—; por otra, se exige que el objeto de la acción recaiga sobre bienes. La *denominación* -bienes- *no resulta sistemática correcta*, cuando, en nuestro Derecho y entre los delitos contra el patrimonio, *bien* es *sinónimo* de *cosa* y en el nuevo delito de administración desleal (art. 252 -ii- CP) se hace referencia con mucha mayor corrección al objeto material del delito: *activos*. Con ello se evita la corporeidad y la tradición de los objetos. No hay que olvidar que el administrador de una sociedad no recibe cosa alguna, sino poder de disposición sobre un conjunto patrimonial para su gestión. La dinámica delictiva de estas infracciones hace que el administrador no debe ni tan siquiera percibir la presencia de los activos; así su firma en papeles o, incluso, una orden suya no escrita, a un subordinado o a una entidad bancaria depositaria, a su vez, de los activos, le permiten cometer el delito sin tener contacto material con el objeto del delito.

La acción criminal en esta modalidad debe consistir en una *disposición fraudulenta*, o lo que lo mismo: contraria al principio de confianza en

La venalidad en los negocios privados: nuevos peligros para la integridad...

que se basa la administración societaria, lo que, a la postre, supone una defraudación de las expectativas depositadas en el administrador. Lo que, en definitiva, lleva a cabo el autor de este delito es un engaño -de ahí el término típico '*defraudación*'- a los socios que le han encomendado la gestión societaria. Esto, no obstante, nos indicia únicamente el **modo** de efectuar la acción, no la acción misma. Ésta es **algo más** que un desplazamiento patrimonial desde la sociedad hasta el destino que el administrador haya decidido, destino que puede ser el propio administrador, por sí o a través de testaferros, o terceros; es más, parte de lo defraudado puede ser objeto de su retribución delictiva. Estamos en presencia de un **acto de disposición**, manifestado en un traspaso que será físico o documental; así, p. ej., unos fondos pueden cambiar de titular transportándolos, siquiera sea electrónicamente, de una entidad de depósito a otra, o bien, manteniéndolas en la misma, cambiarles su titular. En fin, **el método es irrelevante: lo decisivo es que se ha efectuado una disposición**, sin poderla hacer, puesto que las facultades de administración son de representación (art. 129 LSA), es decir, de obrar en nombre de la entidad y para la entidad y no para sí.

La otra modalidad es algo diversa y más sutil, quizás, por ello, más peligrosa y, en consecuencia, merecedora de una incriminación aparte. En efecto, **contraer obligaciones** en nombre de la sociedad y que perjudiquen a ésta y en beneficio propio o de un tercero -p. ej. cobrar comisiones por contratar algún servicio- supone la existencia mayor de una cierta cobertura formal de la operativa diseñada, pues la **operación es real**. Es más, la operación, aunque despreciable, sería lícita, pues no aparece efecto traslativo directo desde las arcas de la sociedad a los bolsillos del administrador y/o del tercero corruptor. De esa apariencia de licitud y de la ausencia de transferencias de activos de la sociedad al administrador nace el mayor peligro. Estamos en presencia de una **administración abusiva**, pues se utiliza la función para la obtención de ventajas que perjudicarán a los socios, ventajas ajenas a aquella función.

Decisivo para la existencia del delito en ambas modalidades comisivas es que debe producirse un **perjuicio patrimonial**. Ello viene impuesto por la naturaleza de la acción que es defraudatoria y por hallarse este delito dentro de los delitos patrimoniales y socioeconómicos; por ello exige expresamente la ley. Sin embargo, y pese a tratarse de un delito societario, el CP no exige que se produzcan perjuicio directo a la sociedad, sino que se contenta con que se produzca, para lo que aquí interesa en los socios o

partícipes. La Ley no ha querido proteger jurídico-penalmente a la sociedad como tal, porque tiene por cierto, con razón desde la perspectiva penal, que el perjuicio a la sociedad ha de situarse en sus propietarios, los socios, y no sólo en aquélla. Si el perjuicio es únicamente societario o, por las razones que fuere, así se quiere ver, procederán las acciones civiles pertinentes (arts. 133-134 LSA), pero no las penales.

Así *delimitado el alcance y sentido del perjuicio* en este delito, el volumen patrimonial defraudado, que servirá de guía a la medición de la pena, debe ser *imputable objetivamente* al sujeto; los daños dimanantes del perjuicio que representa la descapitalización o del exceso de contratación inútil no integran el delito, sino la responsabilidad civil ex delicto. Ahora bien, dado que, como veremos más abajo, estamos ante un delito eminentemente doloso, la mala gestión, incluso la llevada a cabo con la mayor de las ligerezas no es constitutiva de este delito. O lo que es lo mismo: *perjuicio no es nunca sinónimo de delito*. Esto es importante para nuestro tema, toda vez que no basta la demostración, incluso judicial, de la existencia de un soborno y la de un perjuicio. Para hablar de criminalidad es necesario que el acto del administrador cometido como consecuencia del soborno haya sido el causante del perjuicio; es más, como rige para lo que en nuestro sistema jurídico denominados delitos de resultado, y la administración fraudulenta es un buen ejemplo, el resultado, aquí el perjuicio, tiene que ser objetivamente imputable al sujeto causante del mismo; si éste, además, ha obrado movido por un móvil ilícito de un soborno, su corruptor podrá ser castigado como partícipe en el delito de administración fraudulenta. Es decir, es necesaria la existencia de unos datos y una determinada relación normativa entre los mismos para que podamos hablar de un soborno punible en la esfera privada de la mano del delito de administración fraudulenta.

Los aspectos que conciernen a la comisión del delito han de cerrarse con una mención a si el delito de administración fraudulenta, muy especialmente cuando el administrador societario es objeto de un soborno, pueden ser cometido por *omisión*; esta es una posibilidad que se ha planteado desde siempre y no sólo en Derecho penal. Dado que aquí *no está prevista por la Ley omisión alguna*, cabría preguntarse si puede cometerse alguno de los delitos precedentes en *comisión por omisión*.

Al hablar de la responsabilidad de los administradores (art. 133 LSA), se ha de suscitar el tema del administrador que no vota a favor del acuerdo

lesivo; dicha responsabilidad se establece, salvo que, estando presentes a la hora de adoptar la decisión, votaran en contra o, como mínimo hicieran todo lo posible para evitar el daño. A la vista de la regulación mercantil, queda claro que el administrador *tiene un deber legal de diligencia* (art. 127. 1 LSA)⁴⁷. La cuestión estriba aquí en determinar si, máxime a la vista de la regulación de la *comisión por omisión* (art. 11 CP), podrá responder de este delito a tal título el administrador corrupto que, sin haber votado a favor del acuerdo, no lo haya evitado⁴⁸.

Dejando de lado, la capacidad de acción debida, la *comisión por omisión* sólo es predicable de los *delitos de resultado*; pero ello no supone que todos los delitos de resultado puedan ser cometidos en comisión por omisión. Con independencia de las deficiencias del art. 11 CP, como criterio previo habrá que sentar que *tal posibilidad se deriva, ante todo, de la acción típica*. Pero el fraude de este tipo no parece que se pueda cometer por omisión, sino sólo mediante un comportamiento activo. Además, la *configuración legal impide por sí misma* la apreciación de la comisión por omisión al presente supuesto: el actuar precedente [art. 11 b) CP] ha sido, para los que votaron en contra o se ausentaron o abstuvieron, insuficiente para crear un riesgo, dado que *la mayoría ya estaba decidida* y el voto de los minoritarios reales (en contra, abstenciones y eventuales ausentes), era insuficiente para dar un vuelco a la situación. Por ello, el administrador provocador del perjuicio bien podría estar ausente, por ejemplo, de una votación provocada por él como consecuencia del soborno. Pero de ser ello así, no nos hallaríamos ante una comisión por omisión, sino ante un *acción pura*: el fraude consiste en el engaño que hace que la mayoría de administradores voten lo que no saben les va a perjudicar. Es una clara manifestación de un comportamiento activo sirviéndose el sujeto activo en un instrumento incurso en un error.

⁴⁷ Ampliados tras la L 26/2003, vis. Los arts. 127 bis a 127 quater LSA.

⁴⁸ Esta cuestión no es prácticamente tratada por la doctrina; vid. excepcionalmente, FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría*, Valencia, 2007, pp. 328 y 329, S. BACIGALUPO, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007, pp. 59 ss.

En fin, se trata de un delito claramente *doloso*; el empleo legal del término defraudación es inequívoco al respecto. La *imprudencia* está *excluida* a radice dogmática y legalmente; cosa distinta es si existe campo para una acción de responsabilidad societaria (arts. 133, 135 LSA, p. ej.), pero ello excede el ámbito de este trabajo⁴⁹.

Además, la Ley exige en apariencia dos elementos subjetivos más, pero, bien mirado, no es más que uno, eso sí, aderezado hasta recargarlo en exceso. En efecto, el elemento subjetivo del injusto específico que requiere el tipo es el *ánimo de lucro*, propio o ajeno; en palabras del legislador, '*en beneficio propio o de tercero*'. Ello es coherente con el entendimiento de este delito como de defraudación: ésta es impensable sin ánimo de lucro; de no ser así, al menos desde esta perspectiva, no habría diferencia con los daños.

Poco importa, que el beneficio, que a fortiori es de índole económica, sea propio o ajeno; tanto da que el desfaldo se lleve a cabo para enriquecerse como para pagar una deuda. Y es irrelevante por que el medio comisivo utilizado es el mismo y no puede ser más que el mismo: un acto de disposición. En fin, el tipo subjetivo alude a que todo lo anterior debe haberse realizado por parte del autor *con abuso de las funciones propias de su cargo*. Si se pone en *conexión* el ánimo de lucro propio o de tercero y el perjuicio societario que se debe saber asociado al comportamiento típico y, por tanto, perseguir, es inimaginable que se pueda cometer este comportamiento sin abusar del cargo de administrador. El soborno es aquí el medio y vínculos idóneos para demostrar la corrupción.

b. La administración desleal⁵⁰

Gran parte de lo expuesto para la administración fraudulenta vale para la administración desleal. Dejando al margen el tema político criminal

⁴⁹ Vid. mi *La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales*, en Política Criminal y reforma penal (S. Mir y M. Corcoy dirs.), Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2007, pp. 427 ss.

⁵⁰ Al igual que sucede con la administración fraudulenta, el art. 252 CP contiene, desde la reforma de 1995, dos delitos en el mismo precepto; así, junto a la tradicional apropiación indebida (delito contra la propiedad de cosas muebles y no sobre los derechos de crédito), nace la mal llamada apropiación de *activos*, esto es la gestión desleal de la confianza depositada en un administrador no societario; por ejemplo, un API. Cfr., in extenso mi *Derecho penal cit.*, 2007, pp. 509 ss.. No es esta la postura jurisprudencialmente dominante; cfr. p. ej., SSTS 14-3-2003 (Los Albertos) –resolución hoy anulada por la STC 29/2008- o 11-9-2007 (De la Rosa).

de la divergencia de penalidades, pasamos exponer las diferencias sustanciales entre ambos comportamientos criminales. Hay que recordar que nuestro ordenamiento penal siempre ha estado huérfano de una figura como la que pasaremos a analizar a continuación. Ello ha propiciado que la jurisprudencia, con poco respecto por el principio de legalidad, castigara como apropiación indebida conductas de administración desleal (así, p. ej., S 15.11.1994; en contra, acertadamente, S 23-3-1993). La apropiación indebida supone algo más que la confusión de patrimonios de autor y víctima; la apropiación indebida sólo puede serlo de cosas muebles ajenas (S 23-3-1993). Por ello, cuando al CP-95 introdujo en la redacción del término '*activos*' en el tradicional diseño de la administración desleal estaba dando entrada a la administración desleal, aunque olvidando la existencia de la nueva figura de la administración fraudulenta. Por ello ha de efectuarse una separación entre las tres modalidades delictivas. En esencia, la administración desleal se diferencia de la apropiación común en que lo que se entrega al administrador es un patrimonio y no bienes muebles; así, se mire como se mire, ***un patrimonio no es una cosa mueble ajena, sino un conjunto de activos y pasivos***. Las diferencias con la administración fraudulenta estriba en que el administrador y la víctima, el tercero que le hace entrega del patrimonio, no están vinculadas por un contrato de sociedad; aquí no se quiebra la confianza de los socios, sino de los clientes. Sólo es posible una ***especie de tradición simbólica***, que no requiere muchas veces un contrato de mandato, sino un apoderamiento específico cara a terceros, como es el autorizar al autor la firma en una cuenta o depósito: ello podrá hacer mediante escritura pública, que el apoderado podrá presentar ante terceros, o bien acudiendo ambos sujetos ante quien sea depositario de los activos, para que el sujeto activo sea reconocido por el tenedor como legítimo administrador en nombre del titular.

Los ***títulos jurídicos*** por los que el autor está obligado a devolver los bienes cuya administración le ha sido encomendada, previo rendimiento de cuentas, lógicamente, cuando es requerido para ello, son los mismos que en la apropiación indebida, pero en esencia serán los de índole administrativo o representativo; así, administración de fincas o de valores, ...

Por ello, ***cabe perfectamente el soborno del administrador no societario de bienes ajenos***. En esencia, pues, no existe diferencia sustancial en el castigo de esta eventual corrupción; únicamente las penas podrán ser más severas que en la administración societaria fraudulenta.

c. Divulgación y tráfico de secretos empresariales

Objeto de soborno pueden serlo también los secretos empresariales. Procede analizar la regulación básica de los delitos relativos a la captación, revelación y tráfico de secretos, tanto en general —pues ahí residen las figuras básicas— como en sede empresarial y, ligada con ella, en la profesional⁵¹.

El concepto *de intimidad y secreto* a efectos penales viene determinado, con carácter general en el art. 197. 1 CP, quedando en principio protegido ambos derechos también para las personas jurídicas y empresas (art. 200 CP). Así, el objeto que se protege, como se ha enunciado es la *intimidad, consiste ésta en secretos o simplemente en datos o hechos reservados* de una persona que, por su propia naturaleza no formen parte de lo que es normalmente conocido por terceros o el público en general. Se trata, tendencialmente, de divulgar secretos o afectar la intimidad de las personas físicas o jurídicas.

Dos son las modalidades típicas equiparadas y unidas por una misma finalidad. Por un lado, tenemos el apoderamiento de objetos susceptibles de albergar retazos de intimidad y, por otro, la obtención de esos retazos de intimidad mediante su captación y/o reproducción audiovisual. Centradas así el tema, lo necesario para esta exposición es determinar en qué consista el secreto empresarial y/o profesional y el régimen penal de la divulgación.

Lo que se pretende evitar jurídico-penalmente en este contexto es la divulgación de los secretos empresariales por quien tenga la obligación legal o contractual de guardar reserva. La revelación de secretos empresariales puede aflorar por de la mano de alguna de las siguientes alternativas fácticas:

- * De la mano de un *empleado* —sea cualquiera que fuere su nivel— de la empresa; en tal caso el castigo acontecerá de acuerdo al art. 199. 1 CP;

⁵¹ Excede estas notas la revelación de secretos personales con efectos empresariales; por ejemplo, la revelación de infidelidades conyugales de un directivo si no acepta las imposiciones de la competencia que le presiona.

- * Si, en cambio, se trata de un empleado, incluidos los administradores, que tiene impuesto un **especial deber de sigilo**, ya sea legal o contractualmente, entrará en aunque otro precepto: art. 279 I CP; si en este supuesto el autor obra en provecho propio –venganza, incluso-, la pena se impondrán en su mitad inferior (art. 279 II); y,
- * Si, en fin, la divulgación se realiza por un **profesional externo** a la empresa rompiendo su **secreto profesional**, nacido de su relación de prestación de servicios, con estaremos en presencia del delito previsto en el art. 199. 2.

Evidentemente en cualquier de las tres variantes mencionadas puede realizarse esta conducta mediante soborno del depositario del secreto perteneciente a la entidad. En tales casos, como es general para los hechos que venimos mencionando, el tercero será castigado como inductor del delito de que se trate. La agravante de precio (art. 22, 3ª CP) supondrán aplicar la pena al autor de la divulgación del secreto con la pena al delito correspondiente en su mitad superior.

d. Tráfico de información privilegiada

Mención aparte requiere el tráfico de la **información privilegiada** o **insider trading** (arts. 285-286 CP). Sin necesidad de entrar en la noción de esta figura y su amplia problemática, si hay que significar que este es un terreno abonado para el soborno y la obtención de ventajas ilícitas. Muy especialmente, pues, operará también la **agravante mencionada de precio** como incremento de la pena.

3. Efectos jurídicos del contrato o relación nacida del soborno privado

Desde un punto de vista estrictamente procesal, iniciado el procedimiento criminal por alguno de los delitos expuestos, corresponde a las acusaciones demostrar que el contrato –o la transferencia de activos- celebrado tiene su causa directa en el soborno. Pero no hay que olvidar que aquí el **contrato ha de ser ilegal en sí mismo** -la prueba del delito-, y no viceversa, pues el soborno privado, como tal, no es delito en el Derecho español.

Ahora bien, como consecuencia de la regulación de la **responsabilidad civil ex delito**, acción civil se ejerce, en la práctica totalidad de

procesos penales, junto con la acción penal y es el propio juez penal quien puede acordar, a petición de parte, la nulidad del contrato⁵², con todas sus consecuencias, salvo las propias del régimen jurídico de las bienes inmuebles y de los muebles en poder de un tercero de buena fe.

Por otro lado, téngase en cuenta que tal como está plasmada la regulación española que sólo indirectamente contempla el soborno privado, el daño o posible perjuicio ocasionado u ocasionable a un competidor no forma parte del delito, es decir de los elementos que el legislador tiene en cuenta a la hora de tipificar una conducta criminal. Ahora bien, ese daño, real o potencial, sí puede ser considerado como consecuencia ex delicto dentro del marco de la responsabilidad civil derivada de la infracción criminal.

De acuerdo al art. 109 CP, cuando un delito cause un daño, éste deberá ser indemnizado. Por su parte, el art. 110 CP establece la más amplia posibilidad de indemnización: *reparación*—si es posible—, *indemnización por daños y perjuicios y por daños morales*. Esta responsabilidad civil ex delicto alcanza, como mínimo, la de la *responsabilidad civil extracontractual* y rige sin más limitaciones que en algún supuesto específico, previsto en la parte especial que para lo que nos ocupa no es del caso. Lógicamente, si es factible físicamente, el objeto del soborno—dinero o bienes adquiridos con el mismo— puede ser decomisado, salvo que se halle en poder de un tercero de buena fe.

Pero lo más decisivo—y esta es una peculiaridad del Derecho español—es que el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio de la acción penal. Es más, su intervención no es preceptiva. Salvo en delitos capitales o en asuntos de mucha relevancia pública, el peso de la acción, al menos, hasta el juicio oral, corre a cargo de la represtación procesal de la víctima—que puede pedir defensa gratuita, pues todo ofendido por el delito e, incluso, *cualquier perjudicado directo por el mismo, puede ejercer tanto la correspondiente acción civil ex delicto dentro del proceso penal, como la misma acción penal*⁵³.

⁵² Doctrina legal cada vez más matizada; vid. STS 5-12-2002.

⁵³ Sucede, empero, que no es frecuente que, habiendo perjudicados externos a la empresa, ésta actúe contra sus empleados o directivos, puesto que, al mismo tiem-

4. ESPECIAL REFERENCIA A RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN MATERIA DE CONTROL DE SUS DIRECTIVOS

En Derecho español, sólo son responsables jurídico-penalmente las personas físicas, mayores de 18 años. Por tanto, *no lo son las personas jurídicas bajo ningún concepto*⁵⁴. Para evitar posibles zonas de impunidad –que nunca han existido para la jurisprudencia– el CP-95, retomando el anterior art. 15 bis CP-73, contiene el art. 31 que está diseñado para solventar del problema del *actuar por otro o en nombre de otro*. Ello hace que, aunque no resulte tarea fácil, una persona física, responsable de lo cometido en el seno de su empresa. Pese a esta legal previsión, al margen de las críticas a que sucumbe pro su amplitud e imprecisión, salvo casos

po resultaría responsable civil directo del delito, en caso de condena. Tal proceder sería un aviso a terceros del ilícito proceder el empleado o administrador de la sociedad.

⁵⁴ Ni es *necesario ni legítimo* que la contenga. Primero, por una *imposibilidad ontológica*: la persona jurídica es *inmotivable*; en segundo lugar, la persona jurídica es una *ficción* convencional; en tercer lugar, no es más que el *instrumento* de personas físicas para lo bueno y para lo malo. Al ser solamente susceptible de pena pecuniaria –quizás de alguna privativa de derechos, aunque ello más que discutible en más de un supuesto– *la pena es injusta por indebida*: se castiga patrimonialmente a la entidad, *perjudicando a todos* sus integrantes (socios y otros terceros) ajenos al ilícito –lo que el Proyecto de reforma de CP pretende consagrar: vid art. 31. 2–. Finalmente, pese a su aparente modernidad, la responsabilidad de las persona jurídicas supone un *retorno del Derecho penal preliberal* al castigar al grupo en lugar de las personas. Ello, por si fuera poco, es *criminógeno* al hacer irrisoria la prevención general respecto de los administradores; véase, si no, cómo se han zanjado en cuestión de meses, cuando no de días, los escándalos financieros de las mayores empresas norteamericanas. Y todo ello por dos razones que no salen a la luz: la *dificultad probatoria* en desentrañar de entre la maraña de cargos a los responsables (algo más aparente que real), dificultad por arte de magia desaparece al castigar a la entidad; y la *voracidad dineraria pública*: al poder imputar la pena de multa a la sociedad por las fechorías de sus administradores *la recaudación está asegurada*; piénsese en las multas del caso BANESTO, por ejemplo. Y, por último, una pregunta: *¿Cómo castigar en tanto que persona jurídica a una fundación que no es más que un capital al que se dota de personalidad jurídica?* De la opinión contraria, que ya empieza a ser muy relevante en España, E. BACIGALUPO, *Responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho Europeo*, en *Derecho penal económico cit.*, 2000, pp. 86 ss.; BAJO/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2001, pp. 133 ss.

excepcionales no existe bajo su amparo la posibilidad de castigar por omisión, basada en la culpa in vigilando, pues, por lo general faltará el núcleo de otros elementos típicos.

Criminalmente, *sólo responden las personas físicas; patrimonialmente*, para lo que aquí interesa, tanto las personas físicas –los condenados– como las jurídicas dentro de cuyo radio de acción han actuado, aun con extralimitación de sus funciones; el delito, claro está, siempre es una extralimitación de funciones.

Por lo tanto, las *faltas de supervisión de un superior* o bien se incluyen como participación delictiva –si ello es posible–, o bien será un elemento más a probar como elemento del tipo penal en concreto, o bien, en fin, será un dato más a tener en cuenta para fundamentar la responsabilidad civil ex delicto por parte de la empresa, que, en general, se determina por los tribunales de modo bastante *objetivo*, dado, en la práctica, la entrada en juego de la responsabilidad subsidiaria o la directa de las aseguradoras.

5. LA EXTORSIÓN COMO FUENTE DE FRAUDE PUNIBLE

Esta es una cuestión que se suscita con frecuencia en el Derecho comparado. Veamos cuál podría ser la respuesta en nuestro ordenamiento.

La extorsión en Derecho penal español tiene una *doble vertiente*. Por un lado, las amenazas condicionales (art. 169 CP) que castigan intimidar con mal que constituye determinados delitos al sujeto pasivo o familiares suyos directos. Si, en cambio, la intimidación comporta un mal que no reviste la naturaleza de delito, entrará en juego un delito más benigno, el previsto en el art. 171. 1 CP. Dado el bien jurídico protegido, *la libertad de motivación de las personas*, las amenazas se encuentra entre los delitos contra las personas; ello daría pie a alejarlo de nuestro tema.

Ahora bien, *entre los delitos contra el patrimonio figura tradicionalmente el delito de extorsión descrito en el art. 243 CP*. Se trata de una especialidad de las amenazas condicionales no delictivas que versa sobre un *aspecto de la libertad personal: la celebración de contratos u otros negocios jurídicos*. Tradicionalmente se asimilaban sus penas al robo con violencia sobre las personas o intimidación. Así pues, en alguna medida puede tener alguna relevancia en esta materia, pero de modo marginal.

6. CONSIDERACIONES SOBRE LA PENALIDAD

En los supuestos más frecuentes, entra en juego *una pena privativa de libertad, a veces conjuntamente con una pena de multa*. En general, para los delitos examinados la pena de multa en solitario es excepcional. Además, estas penas principales llevan ex lege apareja la pena de *suspensión de derechos* como pena accesoria; en estos casos, la sentencia contemplará la *suspensión del ejercicio de derechos relativos con el comercio o la asesoría empresarial, por ejemplo*. Sin embargo, en la práctica parece una pena de dudosa utilidad, pues su control, salvo en profesiones registradas y reglamentadas –abogados, auditores, ...- resulta muy simple evitar su cumplimiento: bastará un cambio de nombre en la actividad.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, la Ley prevé que las penas de prisión de hasta dos años puedan dejarse sin efecto, bajo el compromiso del culpable de no volver a delinquir en un periodo no superior a cinco años; si delinque, deberá automáticamente cumplir la pena suspendida. Esta suspensión no afecta a la pena de multa, salvo en caso de responsabilidad personal subsidiaria. También si la pena es inferior a un año de privación de libertad puede dejarse en suspenso el fallo; así, pasado un periodo no superior a cinco años sin que el sujeto haya delinquido de nuevo, la sentencia no llega a hacerse pública ni causa, por tanto, antecedentes penales que están necesitados de rehabilitación. En ambos supuestos, los tribunales suelen ser generosos en la aplicación de estas medidas alternativas a la pena de prisión.

De todos modos, han de tenerse presentes algunas *peculiaridades* penalísticas en las infracciones analizadas y canalizadoras de la corrupción privada. Así:

- a) A diferencia del soborno público en que, por estar previsto especialmente este delito, se contempla por el *comiso* de la dádiva –dinero u otros bienes-, en el privado ello sólo es posible, *acudiendo a las reglas generales*. Por un lado, dado que regula el comiso de los productos y efectos del delito, siempre que el dinero u otros bienes tangibles y aun existentes no estén en poder de un tercero de buena pueden ser restituidos a su legítimo propietario. Por otro lado, vía responsabilidad civil ex delicto resulta factible, cuando menos, un resarcimiento total o parcial que puede llegar, incluso, a la declaración de nulidad de la operación fraudulentamente celebrada, se

- produzca o no la restitución del medio utilizado para el soborno.
- b) Este comiso, si es posible puede practicarse *ya durante la instrucción*, es decir en la fase judicial previa al juicio oral, inicio como medida de protección a la víctima.
 - c) Más arriba se ha expuesto que, como pena accesoria, está prevista ex lege la *suspensión del ejercicio de derechos y cargos* que han motivado o facilitado la comisión del delito; esta suspensión lo es por el tiempo de la condena principal.
 - d) Los perjuicios derivados del delito por la acción criminal se pueden intentar *restituir o reparar*, como se viene repitiendo, vía responsabilidad ex delicto. Esta se impone a los responsables criminales y, si son insolventes, a la empresa en cuyo favor y/o de dentro de cuyo radio de acción han actuado; se trata de una responsabilidad prácticamente objetiva. Al ser una responsabilidad patrimonial puede asegurarse lícitamente.
 - e) En cuanto a las medidas disciplinarias que puedan imponerse en la esfera mercantil como consecuencia de alguno de los delitos prescritos habrá que estar, por un lado, a las *reglamentaciones sectoriales* de las asociaciones empresariales y por otro a las propias empresas. En cuanto a las disposiciones y estatutos que regulan las asociaciones públicas o privadas de empresarios que suelen imponer como deber —y sancionado— una especial probidad entre sus afiliados; pero no hay que olvidar que los afiliados suelen ser las empresas, no los directivos. Por su parte, la función disciplinaria sobre estos últimos se sujetarán a los estatutos sociales y a los reglamentos de régimen interior si existen y si no son contrarios a la Ley.
 - f) De todos modos la autoridad administrativa e independiente que vela por la transparencia del mercado de valores —CNMV—, tiene amplias competencias de control y verificación; se exige, entre otras cosas y bajo sanción, la comunicación de una serie de datos relevantes que incidan en la marcha de las empresas; el soborno podría ser uno de ellos.

Con todo, algunas actuaciones penales, aun acabado en sobreseimiento o absoluciones, puede generar actuaciones administrativas en especial en el área de los mercados de valores oficiales. Un ejemplo claro es la regulación de la información privilegiada, mucho más amplia como sanción administrativa que como delito.

V. LA JURISDICCIÓN APLICABLE

Atendida la globalización de las relaciones económicas privadas, en no pocas ocasiones, los sujetos de la relación fraudulenta mercantil tienen nacionalidades diferentes. Ello generará algún problema en cuanto a la jurisdicción nacional que pudiera resultar competente vista al pluralidad de nacionalidades en juego o del lugar donde en todo o en parte ha sido perpetrado el hecho punible.

La jurisdicción penal española *es territorial* (ratio loci) y sólo excepcionalmente extraterritorial, en virtud de determinados hechos o de personas afectadas (ratio personae), sometido, en todo caso el procedimiento a determinadas condiciones, de acuerdo al art. 23 LOPJ. Sin embargo, estas excepciones no se dan salvo la existencia de un tratado internacional sobre la materia, en los asuntos que no ocupan.

Como queda dicho, la jurisdicción española es excepcionalmente extraterritorial si el delito se ha cometido por un ciudadano español o un extranjero nacionalizado español tras la perpetración del delito. La jurisdicción española, si el delito se ha cometido en España declara su competencia; si el autor o uno de los autores es extranjero, deberá instarse la extradición por los tribunales que entiendan del caso de acuerdo a los convenios y tratados internacionales. En cambio, para la habilitación de la jurisdicción penal española la nacionalidad de la víctima, rector, su no condición de no nacional español, resulta, en principio, irrelevante. Lo que se requiere en estos supuestos de extraterritorialidad es:

- * Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.
- * Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles.
- * Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

En definitiva, la jurisdicción española en los delitos que nos ocupan se ejerce sobre cualquier español o extranjero que se encontré, incluso acci-

dentalmente en España, sin restricción alguna. Si alguno de los responsables se halla en el extranjero, procederá la solicitud de la extradición. De todas formas, hay que ir abandonando, si aun no se ha hecho, un cierto y lacerante chauvinismo jurisdiccional –y, por cierto, no sólo en este terreno–. En la materia que nos ocupa, ***emparentada en buena medida con la criminalidad organizada***, algo que cae dentro de la competencia funcional de la UE y de forma más rimbombante en seno del llamado Tercer Pilar, la colaboración en el seno de la Europa Comunitaria es esencial. Esta colaboración, para ser eficaz, debe superar, además de lo dicho, otro enemigo de la eficacia: la buena voluntad, materia de la que, dicen, el infierno está empedrado. Por ello ***recabar la intermediación del EURO-JUST se hace imprescindible***. Quede aquí anotado este extremo del que no puedo ocuparme en estas líneas⁵⁵.

⁵⁵ Para algunos aspectos sobre la prevención de la corrupción privada cfr. mi *La corrupción en los negocios cit.* 2007, pp. 433 ss.

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO*

Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
Universidad de San Martín de Porres-Perú

I. LA NOCIÓN DE «ADMINISTRACIÓN PÚBLICA» EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y SU IRRADIACIÓN EN EL PROCESO DE IDENTIFICA- CIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS CON- TRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es cierto que recurrir a la sistemática del Estatuto penal no revela con exactitud cuál es el interés jurídico cuya protección subyace a cada tipo penal¹. Sin embargo, dicho dato puede servir de pauta de orientación en aras a establecer cuál es –en efecto– el bien jurídico protegido penalmente².

* Profesor de Derecho penal de las Universidades de San Martín de Porres e Inca Garcilaso de la Vega, Lima-Perú. Profesor de Derecho penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Managua- Nicaragua. Becario de investigación de la Fundación Carolina, España.

¹ Al respecto, en relación a los delitos contra la familia: REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Delitos contra la Familia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 23-24.

² Correctamente sostiene Olaizola Nogales que «las rúbricas de los títulos tienen una importancia relativa en cuanto a la interpretación de los preceptos que los integran. Es decir, esta nueva rúbrica –la del Código penal español de 1995– no va a solucionar de manera automática los problemas de delimitación y acotamiento del bien jurídico protegido»; véase: OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cobecheo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 79 (entre líneas nuestro).

El Título XVIII del Libro II del Código penal ha sido denominado por el legislador «*Delitos contra la Administración Pública*»³, lo que nos indica que la protección que desea proporcionar el Derecho penal en ésta parcela se dirige justamente a la *Administración Pública*.

Como vemos, el análisis de los tipos penales protectores de la Administración Pública supone una obligada remisión al concepto de «Administración Pública», lo que nos exige previamente conocer qué entendemos como tal y cuáles son las funciones de aquella, pues esto se traducirá finalmente en la cobertura que se proporcione, ya en sede interpretativa, a los tipos penales⁴.

Ahora bien, la administración pública desde una perspectiva jurídico-formal es un «órgano gubernamental del Estado ubicado dentro de la estructura del llamado poder ejecutivo»⁵, lo que excluiría del concepto tanto a los órganos que integran el poder legislativo como los que forman parte del poder judicial⁶. Este concepto, claramente insuficiente, requiere ulteriores precisiones.

La *administración pública* es el conjunto de instrumentos o medios destinados a la realización de los fines políticos del gobierno⁷. Desde esa perspectiva, aunque es cierto que el concepto *gobierno* alude esencialmente

³ El Código penal peruano de 1924 tenía una denominación distinta para los delitos contra la administración pública: Delitos contra la autoridad pública (Sección Duodécima) y Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales (Sección Décima Cuarta). Este cambio tiene trascendentes repercusiones, como demostraré más adelante, de cara a la articulación del sistema penal de protección de la administración pública.

⁴ Esto nos lleva a recordar que el bien jurídico cumple no solo cumple una función de garantía sino que desarrolla también una función de interpretación; al respecto: FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte General*, traducción de Luis Fernando Niño, Temis, Bogotá, 2006, p. 190.

⁵ MORENO RODRÍGUEZ, Rodrigo. *La administración pública federal en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, p. 91.

⁶ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, con la colaboración de Alberto Palomar & Herminio Losada, volumen I, decimotercera edición. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 42-44.

⁷ NAVA NEGRETE, Alfonso. *Derecho administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, p. 17.

El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

al poder ejecutivo, también lo es que para el logro de tales fines la funcionalidad del poder legislativo y el poder judicial resulta un instrumento necesario y medial para la satisfacción de los fines gubernamentales⁸.

Lo antes expuesto termina necesariamente reconduciéndonos a las funciones de la administración pública. Es evidente que las mismas divergen dependiendo de la concepción de *Estado* que se maneje. Así, por un lado, puede hablarse de una *administración pública del Estado de Policía* y, por otro lado, una *administración pública del Estado de Derecho*. A continuación trataremos las expresiones de administración pública antes mencionadas.

1. La idea de Administración Pública en el Estado de Policía (Polizeistaat)

En el Estado de Policía (*Polizeistaat*), característico de las monarquías absolutas y los Estados totalitarios⁹, la administración pública es objeto de respeto, de adulación por parte del ciudadano, es una especie de *tótem* al que el ciudadano debe idolatrar y guardar reverencia. En este modelo estatal los ciudadanos –carentes de derechos frente al Estado– deben seguir sus fines, en cuya virtud el Estado cuenta, para tales propósitos, con ilimitado poder¹⁰.

En el ámbito funcionarial, ésta idea trasciende tanto a las relaciones internas del funcionario público (con el Estado) como a sus relaciones externas (con los administrados), caracterizadas por la idea de *sujección hacia la administración*¹¹.

En sus relaciones internas el ejercicio de la función pública supone la exigibilidad de satisfacer al mayor grado posible los intereses de la Admi-

⁸ GARRIDO FALLA, Fernando. Op. Cit., p. 51-52.

⁹ GARRIDO FALLA, Fernando. Op. Cit., p. 77.

¹⁰ MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán. Parte General*, tomo I, traducción del francés de Horacio Heredia y Ernesto Krotoschin, segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 48; GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, séptima edición y primera edición peruana, Fundación de Derecho Administrativo- Ara Editores, Lima, 2003, p. II1.

¹¹ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso & GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. *Delitos contra la administración pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 40 ss.

nistración; mientras que en el ámbito de las relaciones externas, el funcionario público – como extensión del poder del Estado– cuenta con amplias facultades coactivas¹².

Una relación de éste tipo (de sujeción) se vincula al carácter marcadamente intervencionista del Estado totalitario. Lógico, si se quiere desarrollar mayor cantidad de funciones, resulta indispensable asegurar la realización de las mismas a través de una vinculación estricta y radical hacia los intereses estatales.

2. La idea de Administración Pública en el Estado de Derecho (Rechtsstaat)

En el Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) la función pública no es ya la plasmación de una *especial relación de sujeción* del administrado con la Administración Pública gracias a lo cual los administrados no son ya *objetos de poder* sino *ciudadanos*¹³. En el Estado de Derecho, la administración pública asume un papel destinado a la satisfacción de los intereses de la ciudadanía. La administración pública cumple un rol prestacional a favor del ciudadano que, a través de la administración, puede ver satisfechas sus necesidades básicas.

Es necesario recordar que a partir de los términos del artículo 43º constitucional nuestro país reconoce la forma de Estado de Derecho, Social y Democrático. A partir de dicha referencia se puede ya advertir que la función que satisface la Administración Pública es eminentemente prestacional; con lo que la Administración Pública termina siendo un concepto. Esta afirmación se muestra coherente con los términos del artículo 39º de la Constitución Política que indica que «Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación».

Pues bien, ésta instrumentalización de la Administración Pública no puede ser objetada por el Estado de Derecho, por el contrario, «el Estado de Derecho no puede prescindir del funcionamiento ni de la instrumenta-

¹² MAYER, Otto. Op. Cit., pp. 41-42.

¹³ VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA, Nuno. *La función pública como relación especial de Derecho Administrativo*, Almeida, Porto, 2000, p. 89.

El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

lización de la Administración en orden a prioridades, me refiero en concreto a los *intereses generales*»¹⁴.

En ese sentido, no le falta razón a PALOMAR OLMEDA cuando – con referencia a JEZE– sostiene que «en todos los países civilizados, la Administración Pública tiene por misión satisfacer las necesidades de interés general»¹⁵. Si tenemos que la misión de la Administración Pública es la de *satisfacción de necesidades o intereses generales*, entonces se produce un quiebre de la idea del *Estado Gendarme* a favor de la idea del *Estado Prestacional*.

Si asumimos que la Administración Pública cumple fundamentalmente objetivos prestacionales, entonces debemos asumir necesariamente que cumple con prestar servicios de naturaleza pública, esto es, *servicios públicos*¹⁶. Justamente la noción de *servicios públicos* ha permitido «romper con el esquema del estado gendarme, guardián del orden público, que dejaba la satisfacción de las necesidades públicas al juego libre de las fuerzas sociales»¹⁷.

El concepto *servicio público* permite dar una nueva fundamentación a la legitimación del Estado¹⁸ que –como menciona Domenico SORACE: «viene así caracterizado ya no por su poder de mando en relación de los ciudada-

¹⁴ URQUIZO OLAECHEA, José. «Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública», en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 12, Lima, Idemsa, 2002, pp. 234-235.

¹⁵ PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la Función Pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos*, quinta edición, Dykinson, Madrid, 2000, p. 13.

¹⁶ En este sentido: FERREIRA, Francisco José. *Delitos contra la administración pública*, tercera edición, Temis, Bogotá, 1995, p. 03; CREUS, Carlos & BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Derecho penal. Parte Especial*, tomo 2, séptima edición, Buenos Aires, 2007, p. 227; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Delito de enriquecimiento ilícito*, Idemsa, Lima, 2001, p. 07; URQUIZO OLAECHEA, José. Op. Cit., p. 237.

¹⁷ PALOMAR OLMEDA, Alberto. Op. Cit., p. 14. En forma similar, sostiene Garrido Falla: «Este tipo de actividad estatal viene a romper el esquema del anterior Estado abstencionista cuya única misión era la de asegurar el orden público mediante una función de policía»; así en: GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, con la colaboración de Alberto Palomar & Herminio Losada, volumen II, decimotercera edición, Tecnos, Madrid, 2002, p. 381.

¹⁸ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El servicio público. Fundamentos*, Palestra, Lima, 2005, p. 33; destacando su relevancia: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho público económico*, Ara, Lima, 2004, p. 558.

nos (...) sino, en cambio, por su estar al servicio de los ciudadanos»¹⁹. Es así que el poder estatal se convierte finalmente en función y el derecho de mandar se transforma en deber de administrar; el ciudadano, así, de súbdito se convierte en usuario de un servicio²⁰.

Pero esta vinculación de la idea de Administración y Función Pública con el modelo estatal de Derecho permite adicionalmente justificar la necesaria relación entre el ejercicio de la función pública con la realización de los derechos fundamentales de los administrados²¹. En el Derecho Administrativo del Estado de Policía –indica MAYER– se planteaba una suerte de *eufemismo*, en la medida que la realidad mostraba que «no existe derecho cuando se trata de relaciones entre Estado y súbdito»²²; en la actualidad, sin embargo, las relaciones internas y externas de la Administración Pública se ven necesariamente rodeadas de ese halo de garantías implícito en la idea del Estado de Derecho.

En suma, puede reseñarse que la tutela penal que se proporciona a través de los delitos contra la Administración Pública toma como punto de referencia la concepción prestacional y realizadora de los derechos fundamentales de la Administración Pública²³, pues como dice BUOMPADRE: «El Estado nace y se justifica para el servicio de los individuos. Fuera de

¹⁹ SORACE, Domenico. *Estado y servicios públicos*, traducción de Eugenia Ariana Deho, Palestra, Lima, 2006, p. 16.

²⁰ SORACE, Domenico. Op. Cit., p. 16.

²¹ VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA, Nuno. Op. Cit., p. 89; TIRADO, José Antonio. «La ejecución forzosa de los actos administrativos en la Ley N° 27444», en: A.A.V.V. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, segunda parte, Ara Editores, Lima, 2003, p. 414.

²² MAYER, Otto. Op. Cit., p. 68.

²³ En este sentido: ASUA BATARRITA, Adela. «La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria», en: La misma (Ed.). *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 18-19; OLAIZOLA NOGALES, Inés. «Los delitos contra la administración pública», en: Mir Puig, Santiago & Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Directores). *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código penal español de 1995*, B de F, Buenos Aires, 2006, p. 362; URQUIZO OLAECHEA, José. Op. Cit., p. 244.

El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

esta consideración se transforma en un ente distinto, y, desde luego, muy peligroso»²⁴.

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO CONCEPTO MULTIDIMENSIONAL

La doctrina parece coincidir en el hecho de que la administración pública es un concepto de bastante amplitud²⁵, por lo que del mismo se pueden desprender una serie de aspectos de muy variada índole²⁶:

- a) Ejercicio de funciones y servicios públicos;
- b) Observancia de los deberes del cargo o empleo;
- c) Regularidad y normal desenvolvimiento de la función y servicios públicos;
- d) Prestigio y dignidad de la función pública;
- e) Probidad y honradez de los funcionarios o servidores públicos; y,
- f) Protección del Patrimonio estatal, de los símbolos y distintivos estatales.

La identificación de estos diversos aspectos dentro de la Administración Pública servirá para las referencias al bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública, pues –como se verá– no todos ellos reciben protección jurídico-penal.

²⁴ BUOMPADRE, Jorge. *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*, Mario Viera Editor, Buenos Aires, 2001, p. 38.

²⁵ ROMANO, Mario. *I Delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 5; BUOMPADRE, Jorge. Op. Cit., p. 37; DONNA, EDGARDO Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 11; FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho penal. Parte Especial*, tomo VII, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, p. 136; ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, segunda edición, Grijley, Lima, 2002, p. 20.

²⁶ Siguiendo expresamente a: ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit., p. 18.

III. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO PENALMENTE EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La identificación del bien jurídico protegido penalmente a través de los *delitos contra la Administración Pública*²⁷ ha planteado una discusión que ha discurrido desde posiciones que destacan la lealtad del funcionario para con la Administración Pública hasta las actuales que vinculan el bien jurídico con la funcionalidad de la Administración Pública.

1. La «fidelidad a la Administración Pública» como bien jurídico genéricamente tutelado

Una de las tesis que se han planteado en relación a la identidad del bien jurídico genéricamente protegido en los delitos contra la Administración Pública tiene como eje la existencia de un deber de lealtad o fidelidad por parte del funcionario público hacia la Administración, cuyo quiebre es justamente lo que se quiere evitar a través de estos tipos penales²⁸.

Ahora, esta idea supondría reconocer que la Administración Pública posee derechos, lo que es absolutamente inexacto. La administración pública, como tal, carece de derechos, por lo que su protección no puede ser articulada de ésta forma pues ello implicaría una absoluta prescindencia del ciudadano y de sus intereses²⁹.

La propuesta de identificar el bien jurídico en los delitos contra la administración pública con la *fidelidad hacia la administración pública* tiene también como obstáculo su incapacidad para responder a los atentados contra la administración pública realizados por particulares, quienes no tienen ese deber hacia el Estado³⁰.

²⁷ Conviene no olvidar la existencia de un sector doctrinal que niega la existencia de un interés jurídico protegido genéricamente en los delitos contra la Administración Pública (RODRÍGUEZ DEVESA, MUÑOZ CONDE), de modo tal que entre los diversos tipos penales comprendidos como tales no existiría nexos comunes; sobre la cuestión véase: OLAIZOLA NOGALES, Inés. Op. Cit., pp. 79-80.

²⁸ De ésta opinión: CANCINO MORENO, Antonio. *El delito de peculado en el nuevo Código penal (Análisis histórico y dogmático)*, Temis, Bogotá, 1983, p. 13.

²⁹ En este sentido: URQUIZO OLAECHEA, José. Op. Cit., p. 242.

³⁰ Al respecto, véase: VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. *Delitos contra la administración pública: Estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003, p. 203.

El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

Estas posiciones doctrinales se han visto revitalizadas a través de la introducción de los denominados *delitos consistentes en la infracción del deber* en los que la autoría del delito se deriva de la vinculación de sujeción entre el funcionario público y el Estado.

Al subrayarse la relación funcionario- Administración se adopta una posición con claras connotaciones totalitarias. El predominio de la relación funcionario- Administración y su protección penal es característica de modelos estatales autoritarios en donde el ciudadano debe servir a los propósitos de la Administración y no viceversa³¹. La constatación más clara de esta relación *infracción del deber- autoritarismo* es la relevancia que mostraba para el Derecho penal del nacionalsocialismo la idea de la infracción del deber como esencia del injusto penal³².

Desde una perspectiva legislativa puede entenderse que el cambio de denominación operado en el Código penal vigente, en relación al Código penal de 1924, ha significado un cambio de orientación político criminal que impide sostener una tesis de identidad del bien jurídico como la aquí explicada. El uso de la expresión «Delitos contra la administración pública» como rúbrica del Título XVIII del Libro segundo del Código penal impide sostener la tesis de la «fidelidad a la administración pública» como criterio identificador del bien jurídico³³. Los epígrafes «Delitos contra la autoridad pública» y «Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales» utilizados en las secciones XII y XIV del Libro II del Código penal de 1924, por el contrario, si permitían sostener la tesis de la «fidelidad a la administración pública» debido a su vinculación a la idea del deber.

³¹ OLAIZOLA NOGALES, Inés. Op. Cit., p. 80-81; RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *El delito de cohecho: Problemática jurídico- penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 32.

³² Lo que ha sido correctamente destacado por: REBOLLO VARGAS, Rafael. «Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L. II, del Código penal español», en: Nieto Martín, Adán (Coordinador). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, volumen II, Ediciones de la Universidad Castilla- La Mancha/ Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 552; VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. Op. Cit., p. 52.

³³ REBOLLO VARGAS, Rafael. Op. Cit., p. 552.

Tampoco es que la *infracción del deber* no tenga ninguna relevancia en el ámbito de los delitos contra la administración pública; sin embargo, dicha relevancia se ubica en un plano distinto: En el de distinción entre autoría y participación.

2. La «regularidad en el ejercicio de la función pública» como bien jurídico genéricamente tutelado

Una posición que ha tenido importante nivel de recepción en la doctrina nacional, debido fundamentalmente a la influencia ejercida por la doctrina argentina, receptora a su vez de los desarrollos de la doctrina italiana³⁴, es la que identifica como bien jurídico los delitos contra la Administración Pública la *regularidad en el ejercicio de la función pública*.

En la doctrina italiana, altamente influyente en esta tipología delictiva, ANTOLISEI señala que el objeto de protección penal en estos delitos es, en términos generales, «el buen andamiento» de la Administración Pública dentro de los marcos de probidad, imparcialidad, fidelidad, etc.³⁵.

En la doctrina argentina, SOLER y FONTÁN BALESTRA sostienen que la referencia a la «Administración Pública» dentro de la rúbrica legislativa supone una referencia al «*normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, en todas las ramas de sus tres poderes*», el que constituye el propio bien jurídico protegido por el Derecho penal³⁶.

Esta tesis ha sido asumida en nuestro país por algún sector de la doctrina, fundamentalmente: El profesor Juan PORTOCARRERO HIDALGO y Jorge HUGO ÁLVAREZ. Aunque en su estudio no desarrolla independientemente la cuestión del bien jurídico protegido a través de los delitos contra la Administración Pública, en la obra de PORTOCARRERO HIDALGO³⁷ es continua la referencia al «normal desenvolvimiento de

³⁴ Lo que ha sido constatado por: DONNA, EDGARDO Alberto. Op. Cit., p. 15.

³⁵ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale II*, quattordicesima edizione integrata e aggiornata a cura di Luigi Conti, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 273.

³⁶ SOLER, Sebastián. Op. Cit., p. 100; FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. Cit., p. 134.

³⁷ Destaca la vinculación de Portocarrero con las ideas de Manzini y Soler: BRAMONT ARIAS, Luis. «Prólogo», en: Portocarrero Hidalgo, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1996, pp. 9-10.

la administración pública»³⁸ dentro del cual introduce al propio prestigio de la Administración, haciendo expresa referencia a SOLER. Recientemente, HUGO ÁLVAREZ –a pesar de haber carecido del cuidado de abordar la problemática del interés genéricamente tutelado en estos delitos– hace continua referencia a la regularidad y legalidad de la Administración Pública³⁹, con cita continua de Carlos FONTÁN BALESTRA.

El principal déficit que denota ésta posición es que la misma plantea – en buena cuenta– reconducir la protección que proporciona el Derecho penal a la propia «función pública» –como propone CREUS⁴⁰– y, ulteriormente, a su prestigio y decoro⁴¹ –como sostenía MANZINI⁴²–. Incurren estas tesis igualmente en el yerro de omitir el hecho –ya constatado– que la intervención punitiva del Estado en ésta parcela se justifica a partir de su referencia a los administrados, esto es, a los ciudadanos, de modo tal que la tutela penal en el ámbito de la Administración Pública se justifica en tanto medio de satisfacción de los intereses prestacionales que dimanen del ejercicio de la función pública⁴³.

3. La «funcionalidad de la Administración Pública» como bien jurídico genéricamente tutelado

En la actualidad ha alcanzado consenso en doctrina⁴⁴ y jurisprudencia el entendimiento que la protección penal que se dispensa a través de los delitos contra la *Administración Pública* se dirige hacia su *correcto funcionamiento*.

³⁸ PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Op. Cit., p. 121.

³⁹ HUGO ÁLVAREZ, Jorge. *Delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 22.

⁴⁰ CREUS, Carlos. *Delitos contra la Administración Pública. Comentario de los artículos 237 a 281 del Código penal*, Astrea, Buenos Aires, 1981, pp. 9-10.

⁴¹ En sentido crítico: OLAIZOLA NOGALES, Inés. Op. Cit., p. 83.

⁴² MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho penal. De los delitos en Especial*, volumen III, traducción de Santiago Sentis y Marino Ayerra, Ediar, Buenos Aires, 1961, p. 03.

⁴³ OLAIZOLA NOGALES, Inés. Op. Cit., p. 84.

⁴⁴ Más allá de las diferentes denominaciones empleadas (funcionalidad, adecuado funcionamiento, buen funcionamiento, etc.), se afilian a ésta posición, sin ánimo de exhaustividad: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración*

La protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública se dirige, ya no al deber de lealtad que tienen los funcionarios y ciudadanos para con la Administración, ni al ejercicio regular de la función pública, sino al funcionamiento correcto de la Administración Pública⁴⁵. El funcionamiento correcto de la Administración Pública adquiere concreción entonces a partir de su vinculación a los fines ulteriores de satisfacción de los intereses de la ciudadanía con sujeción a la Constitución y la ley⁴⁶.

Esta identificación del bien jurídico protegido genéricamente a través de los delitos contra la Administración Pública, no obstante, deja como tarea pendiente la identificación del valor concretamente protegido en cada tipo penal. Es que si —como ya se mencionó— el concepto «Administración Pública» es un concepto *multidimensional*, resulta claro que cada tipo penal supondrá la afectación de diversas dimensiones de la Administración Pública⁴⁷.

Pública en el Código penal peruano, Palestra, Lima, 2001, p. 12; FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración de Justicia*, Jurista, Lima, 2000, p. 13; FRISANCHO APARICIO, Manuel & PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso. *Delitos contra la Administración Pública*, Fecat, Lima, 1999, p. 115; BUOMPADRE, Jorge. Op. Cit., p. 38; MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*, JM Bosch, Barcelona, 2000, p. 19; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. «Fraude y exacciones ilegales», en: Asua Batarrita, Adela (Ed.). *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 205; OLAIZOLA NOGALES, Inés. Op. Cit., p. 87; RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *El delito de cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, p. 37; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal. Parte Especial*, sexta edición, Dykinson, Madrid, 2001, p. 743; implícitamente: ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit., p. 18, al sostener que bajo la rúbrica de delitos contra la Administración Pública se protegen una serie de «condiciones ideales de funcionamiento del sistema de la administración pública para el logro de los fines del Estado».

⁴⁵ Entendida, como bien precisa Pagliaro, no en el sentido del Derecho Administrativo ni en el sentido del Derecho Constitucional: PAGLIARO, Antonio. *Principio di Diritto Penale. Parte Speciale*, tomo I, novena edición, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 4.

⁴⁶ REBOLLO VARGAS, Rafael. Op. Cit., p. 553.

⁴⁷ En este sentido: ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit., p. 20; implícitamente: ASUA BATARRITA, Adela. Op. Cit., p. 22; FRISANCHO APARICIO, Manuel. Op. Cit., p. 13.

El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

Por ello no se plantea ninguna contradicción al afirmarse la existencia de un bien jurídico genéricamente protegido y luego identificar un objeto específico de tutela penal en la medida que este último es siempre un elemento integrador del primero.

Es cierto, como indica ROJAS VARGAS⁴⁸, que el bien jurídico planteado es de carácter funcional, no obstante es incorrecta su consideración respecto a que se trata de un bien jurídico que puede ser lesionado. La *funcionalidad* de la administración pública es un bien jurídico de carácter colectivo y por lo mismo no puede ser lesionado, sino únicamente puesto en peligro. La lesión del bien jurídico «*funcionalidad* de la administración pública» plantearía la absoluta destrucción del Estado y consecuentemente de la propia sociedad.

En función a lo antes expresado se pone de manifiesto que la protección penal en el ámbito de la Administración Pública debe venir necesariamente articulada mediante la técnica de los tipos de peligro abstracto⁴⁹.

⁴⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit., p. 21.

⁴⁹ De ésta opinión: URQUIZO OLAECHEA, José. Op. Cit., p. 236.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código penal peruano*, Palestra, Lima, 2001.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale II*, quattordicesima edizione integrata e aggiornata a cura di Luigi Conti, Giuffrè Editore, Milano, 2003.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho público económico*, Ara, Lima, 2004.
- ASUA BATARRITA, Adela. «La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria», en: La misma (Ed.). *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.
- BRAMONT ARIAS, Luis. «Prólogo», en: Portocarrero Hidalgo, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1996.
- BUOMPADRE, Jorge. *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*, Mario Viera Editor, Buenos Aires, 2001.
- CANCINO MORENO, Antonio. *El delito de peculado en el nuevo Código penal (Análisis histórico y dogmático)*, Temis, Bogotá, 1983.
- CREUS, Carlos & BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Derecho penal. Parte Especial*, tomo 2, séptima edición, Buenos Aires, 2007.
- CREUS, Carlos. *Delitos contra la Administración Pública. Comentario de los artículos 237 a 281 del Código penal*, Astrea, Buenos Aires, 1981.
- DONNA, EDGARDO Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. «Fraude y exacciones ilegales», en: Asua Batarrita, Adela (Ed.). *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.
- FERREIRA, Francisco José. *Delitos contra la administración pública*, tercera edición, Temis, Bogotá, 1995}.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho penal. Parte Especial*, tomo VII, Abeledo – Perrot, Buenos Aires.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración de Justicia*, Jurista, Lima, 2000.

El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

- FRISANCHO APARICIO, Manuel & PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso. *Delitos contra la Administración Pública*, Fecal, Lima, 1999.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Delito de enriquecimiento ilícito*, Idemsa, Lima, 2001.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, con la colaboración de Alberto Palomar & Herminio Losada, volumen I, decimotercera edición, Tecnos, Madrid, 2002.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, con la colaboración de Alberto Palomar & Herminio Losada, volumen II, decimotercera edición, Tecnos, Madrid, 2002.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, sétima edición y primera edición peruana, Fundación de Derecho Administrativo- Ara Editores, Lima, 2003.
- HUGO ALVAREZ, Jorge. *Delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho penal. De los delitos en Especial*, volumen III, traducción de Santiago Sentis y Marino Ayerra, Ediar, Buenos Aires, 1961.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán. Parte General*, tomo I, traducción del francés de Horacio Heredia y Ernesto Krotoschin, segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*, JM Bosch, Barcelona, 2000.
- MORENO RODRÍGUEZ, Rodrigo. *La administración pública federal en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.
- NAVA NEGRETE, Alfonso. *Derecho administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. «Los delitos contra la administración pública», en: Mir Puig, Santiago & Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Directores). *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoria al Código penal español de 1995*, B de F, Buenos Aires, 2006.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- PAGLIARO, Antonio. *Principio di Diritto Penale. Parte Speciale*, tomo I, novena edición, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2000.

- PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la Función Pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos*, quinta edición, Dykinson, Madrid, 2000.
- PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1996.
- REBOLLO VARGAS, Rafael. «Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L. II, del Código penal español», en: Nieto Martín, Adán (Coordinador). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, volumen II, Ediciones de la Universidad Castilla- La Mancha/ Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Delitos contra la Familia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *El delito de cohecho: Problemática jurídico- penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, segunda edición, Grijley, Lima, 2002.
- ROMANO, Mario. *I Delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2002.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal. Parte Especial*, sexta edición, Dykinson, Madrid, 2001.
- SORACE, Domenico. *Estado y servicios públicos*, traducción de Eugenia Ariana Deho, Palestra, Lima, 2006.
- TIRADO, José Antonio. «La ejecución forzosa de los actos administrativos en la Ley N° 27444», en: A.A.V.V. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, segunda parte, Ara Editores, Lima, 2003.
- URQUIZO OLAECHEA, José. «Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública», en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 12, Lima, Idemsa, 2002.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. *Delitos contra la administración pública: Estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El servicio público. Fundamentos*, Palestra, Lima, 2005.

**¿DEBE FUNDAMENTARSE LA «AUTORÍA MEDIATA
EN VIRTUD DE DOMINIO POR ORGANIZACIÓN»
EN LA «DISPOSICIÓN AL HECHO»?**

*A propósito de la acusación fiscal contra el
ex presidente Alberto Fujimori Fujimori*

RAÚL PARIONA*

Universidad de Munich, Alemania

I. PRELIMINARES

El 29 de octubre del 2007 la Primera Fiscalía Suprema Penal del Perú formuló acusación contra el ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori por la presunta comisión de los crímenes de asesinato, lesiones graves y secuestro. El fundamento dogmático de la acusación tiene como base la «teoría de la autoría mediata por dominio de organización» que fuera fundada por el profesor alemán *Claus Roxin* y que sirvió para el juzgamiento de diversos crímenes de Estado. Sin embargo, llama la atención que la Fiscalía, en la fundamentación de la teoría, se apoye en la «doctrina de la disposición al hecho». De esta manera la Fiscalía Suprema se estaría apartando de la interpretación tradicional de la teoría del dominio del hecho por organización tal como fuera esbozada por su fundador,

* **Abreviaturas utilizadas:** ADP: Anuario de Derecho Penal; AT: Allgemeiner Teil; BGH: Bundesgerichtshof (Corte Suprema de la República Federal Alemana); FS: Festschrift; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; JA: Juristische Arbeitsblätter; JuS: Juristische Schulung; LK: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch; MK: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch; NStZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht; n. marg.: número de margen; SK: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch; PG: Parte General; PE: Parte Especial; RBCC: Revista Brasileira de Ciencias Criminais; RP: Revista Penal; RPCP: Revista Peruana de Ciencias Penales; StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán); ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

como es entendida por la doctrina mayoritaria, como fuera considerada en Argentina en el juzgamiento de Jorge Videla y otros miembros de la Junta Militar Argentina y como fuera utilizada por la Corte Suprema de Chile en la sentencia que concedió la extradición del ex presidente Alberto Fujimori.

El presente trabajo postula que la fundamentación de la autoría mediata por dominio de organización no puede basarse en la «predisposición del ejecutor a realizar el hecho punible», como pretende la Fiscalía Suprema, sino que por el contrario, la autoría mediata por organización se fundamenta en el *dominio* que ejerce el hombre de atrás sobre la organización; siendo, además, características de este dominio que la actuación se produzca al margen del Derecho y que –*por lo general*– exista una reemplazabilidad del ejecutor inmediato.

En las líneas que siguen, luego de realizar algunas observaciones críticas a la argumentación de la Fiscalía, se hace un llamado al «regreso» a los principios (*nucleo duro*) de esta teoría que bien puede ser aplicada al caso del ex presidente Fujimori.

II. FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA DE LA ACUSACIÓN FORMULADA POR LA FISCALÍA SUPREMA PENAL

1. En su acusación¹, la Primera Fiscalía Suprema Penal afirma la responsabilidad penal del ex presidente de la República del Perú Alberto Fujimori Fujimori por los delitos de asesinato, lesiones graves y secuestro a título de autor mediato. La Fiscalía Suprema imputa penalmente al ex presidente haber ordenado – en el marco de una política de lucha contra el terrorismo en los años 1991 y 1992 – el asesinato de estudiantes de la Universidad Enrique Guzmán y Valle – «La Cantuta»; el asesinato de diversos ciudadanos en Barrios Altos (Lima); así como también, el secuestro de personas que eran llevadas a los sótanos del Servicio de Inteligencia del Ejército. Los crímenes ordenados habrían sido ejecutados materialmente por un grupo de militares del Ejército («Grupo Colina») formado precisamente para este tipo de acciones. La orden habría sido transmitida a

¹ Acusación de la Primera Fiscalía Suprema Penal: Dictamen Nro. 2275-2007-1ra. FSP-MPFN (cit.: Acusación). El dictamen publicado en: <http://www.mpfm.gob.pe/informe-detalle.php?id=113#>

través de la jerarquía funcional del aparato de poder, de tal modo que el ex presidente no tuvo contacto personal con el «Grupo Colina».

2. La Fiscalía Suprema sustenta la autoría mediata del ex presidente en la existencia de un aparato de poder estructurado jerárquicamente; y, en la predisposición de los ejecutores. Respecto al primer presupuesto, afirma que se trataría de «un aparato de poder estructurado jerárquicamente en el que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato.»² Sobre el segundo elemento señala³ que «esta predisposición sólo puede apreciarse desde la óptica de un injusto de organización, en el cual el autor mediato tiene el convencimiento de que su orden será cumplida, con independencia de la identidad del sujeto, por algún miembro del colectivo de potenciales ejecutores, que integran la organización criminal». Los ejecutores serían «parte de una organización a la cual voluntariamente prestan sus servicios y que el hombre de atrás, al utilizar la funcionalidad de la organización, se aprovecha de la disposición de los ejecutores para realizar el delito.» En este contexto, la posibilidad de sustituir a los ejecutores confirmaría que «el dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición de los ejecutores para realizar la orden.»

3. De la argumentación dogmática realizada se desprende que la Fiscalía Suprema fundamenta la responsabilidad penal del ex presidente Alberto Fujimori en la «teoría de la autoría mediata por dominio de organización»; y que presupuestos de esta teoría serían, primero, un «aparato de poder» jerárquicamente estructurado, y segundo, la «predisposición de los ejecutores».

La construcción dogmática elegida para fundamentar la acusación —«la teoría del dominio por organización»— es correcta, pues la misma ofrece una construcción dogmática sólida que permite imputar responsabilidad penal a los «jefes supremos», «altos mandos» o «jefes» que ordenan la comisión de crímenes a través de aparatos de poder. Sin embargo, cuando la Fiscalía fundamenta los presupuestos de la teoría del dominio

² Acusación, p. 21.

³ Acusación, p. 22, 23.

por organización recurre a una concepción dogmática poco convincente. Sobre el primer «elemento» no existe mayor objeción, sino sólo precisar que presupuesto de la autoría mediata no es «*el aparato de poder*», sino el «*dominio sobre el aparato de poder*» que debe tener quien dicta las órdenes criminales. Así lo ha reconocido también la Fiscalía más adelante, cuando señala que «el dominio del hombre de atrás se encuentra supeditado al dominio directo que tiene sobre el aparato de poder, el cual, independientemente de la identidad de sus miembros, debido a su propia estructura, organización y la forma cómo funciona, mantiene y desarrolla sus propios procesos reglados.»⁴ Es el segundo elemento utilizado por la Fiscalía Suprema el que llama la atención, es decir, la «*predisposición de los ejecutores*» como presupuesto del dominio por organización. También resultan llamativas las afirmaciones por ella hechas como: «el hombre de atrás, al utilizar la funcionalidad de la organización, se aprovecha de la disposición de los ejecutores para realizar el delito»⁵ y «la posibilidad de sustituir a los ejecutores confirma que el dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición de los ejecutores para realizar la orden.»⁶

Con esta argumentación, la Fiscalía Suprema termina asumiendo de facto la llamada «*doctrina de la disposición del hecho*» y se aparta de la «teoría del dominio por organización» en los términos en que la formulara *Roxin* y como lo interpreta la doctrina mayoritaria. Con esta postura la Fiscalía también se distancia de la teoría del dominio por organización, tal como fue considerada en el juzgamiento de Jorge Videla y otros miembros de la Junta Militar argentina, y como fue empleada por la Corte Suprema de Chile en la sentencia que concedió la extradición del ex presidente Alberto Fujimori.

⁴ Acusación, p. 22, 23.

⁵ Acusación, p. 22.

⁶ Acusación, p. 23.

III. LA «DOCTRINA DE LA DISPOSICIÓN AL HECHO»

1. La «doctrina de la disposición al hecho», que fue fundada por *Schroeder*,⁷ constituye una teoría propia⁸ y distinta a la teoría del dominio por organización de *Roxin*.

Como se sabe, *Roxin*⁹ fundó la teoría del dominio por organización que permite imputar responsabilidad penal a título de autores (mediatos) a aquéllos que sin ejecutar los hechos directamente, se limitaban a dar las órdenes para su comisión. Los «hombres de atrás» no deben responder – según *Roxin*– únicamente como «instigadores», sino que deben hacerlo como «autores» mediatos,¹⁰ pues ellos están colocados en la palanca de un aparato de poder y a través de las órdenes impartidas dan lugar a delitos en los cuales resulta irrelevante la individualidad de los ejecutantes.¹¹ Aquí el autor no necesita coaccionar o engañar al ejecutor, ni siquiera necesita conocerlo, pues el aparato de poder organizado garantiza por sí solo la ejecución del hecho punible, ya que en caso de incumplimiento de la orden por parte de un determinado ejecutante, hay siempre otro que lo reemplazará en la ejecución¹². La estructura dogmática de la autoría mediata por dominio de organización en la concepción de *Roxin*¹³ presupone así, en

⁷ Esta doctrina fue planteada en 1965 por *Schroeder*, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, la cual fue inicialmente considerada (en parte) por el BGH (BGHSt. 40, 218), pero finalmente abandonada (BGH, JR 6/2004, p. 245).

⁸ Resaltan el carácter propio de la teoría de *Schroeder* entre otros *Schlösser*, *Soziale Tatherrschaft*, 2004, p. 60; *Radtke*, GA 2006, p. 350, cita 3.

⁹ En su ponencia pronunciada con motivo del inicio de clases en Hamburgo *Roxin* propuso, por vez primera en la ciencia del Derecho penal, un nuevo supuesto de autoría mediata. Su conferencia fue publicada ese mismo año en la revista GA 1963, p. 193 y ss., bajo el título «Delitos en el marco de aparatos de poder organizado». Esta exposición pasó a formar el § 24 de su libro «Täterschaft und Tatherrschaft» publicado en ese mismo año.

¹⁰ LK-*Roxin*, 1992, § 25, n. marg. 128.

¹¹ *Roxin*, en: Problemas actuales de la dogmática penal, traducción de Manuel A. Abanto Vázquez, 2004, p. 224. (cit.: Problemas actuales).

¹² *Roxin*, AT II, § 25, n. marg. 107.

¹³ Sobre el desarrollo de su concepción, cfr. *Roxin*, GA 1963, p. 193 y ss.; *el mismo*; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2006, p. 242 y ss.; *el mismo*, FS-Lange 1976, p. 173 y ss.; *el mismo*, LK-*Roxin*, § 25, n. marg. 128 y ss.; *el mismo*, JZ 1995, p. 49 y s.; *el*

primer lugar, un «dominio sobre la organización»; en segundo lugar, que la organización de la cual se sirve el hombre de atrás debe encontrarse «al margen del Derecho» (*Rechtsgelösheit*);¹⁴ y en tercer lugar, que en la organización debe existir la posibilidad de reemplazar al actor inmediato, es decir, debe concurrir la *fungibilidad* del ejecutor (*Fungibilität*)¹⁵. En la actualidad, la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización desarrollada por Roxin, se ha impuesto y constituye opinión dominante¹⁶ en la doctrina.

2. Sin embargo, Schroeder, quien es el defensor de la «doctrina de la disposición al hecho», lejos de postular una autoría mediata por dominio de organización como lo hizo Roxin, postuló una autoría mediata en virtud de la *disposición incondicional al hecho* del actor inmediato. En su opinión, el domi-

mismo, FS-Grünwald 1999, p. 549 y ss.; *el mismo*, en: Amelung (Hrsg.) Individuelle Verantwortung, 2000, p. 55; *el mismo*, NJW-Sonderheft Schäfer, 2002, p. 52 y ss.; *el mismo*, AT II, § 25, n. marg. 105; *el mismo*, FS-Schroeder, 2006, p. 387 y ss.

¹⁴ Roxin, Problemas actuales, p. 224.

¹⁵ Roxin, Täterschaft, p. 244, 245; *el mismo*, AT II, § 25, n. marg. 107.

¹⁶ Bottke, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, p. 60; LK-Busch, 1970, § 47, n. marg. 48.; Ebert, AT, 1993, pp. 180, 198; Eser, StrafR II, 1980, Fall 38, n. marg. 25; Freund, AT, 1998, § 10, n. marg. 90; Haft, AT, 2004, pp. 202, 202; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, p. 42 y s.; ders., Jura 1990, p. 23; Hirsch, Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht, 1996, p. 22; Hünerfeld, ZStW 99 (1987), p. 244.; Ingelfinger, Anstiftersvorsatz, 1992, p. 183; Krefß, GA 2006, p. 205; Korn, NJW 1965, p. 1206; Kühl, AT, 2005, § 20, n. marg. 73, 74; Köpper, GA 1998, p. 523; Lackner/Kühl, StGB, 2004, § 25, n. marg. 2; Lampe, ZStW 106 (1994), p. 743; Maurach/Gössel/Zipf, AT, 1992, § 48, n. marg. 88; M-K Meyer, Der Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984, p. 101; Radtke, GA 2006, p. 350; Satzger, Internationales Strafrecht, 2007, § 14, n. marg. 43; Sch/Sch/Cramer-Heine, StGB, 2006, § 25, n. marg. 25; Schlödl, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994, p. 10; Schultz, JuS, 1997, p. 111; Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, pp. 75, 76; Schünemann, FS-Schroeder, p. 401; ders., LK, 2007, § 25, n. marg. 122, basado en su concepción del dominio sobre la razón del resultado; Stratenwerth/Kuhlen, AT, 2004, § 12, n. marg. 65, 66, 67; Vest, ZStW 113 (2001), p. 492; Wessels/Beulke, AT, 2005, n. marg. 541. Resaltan la relevancia de la teoría de Roxin en el Derecho penal internacional Ambos, Internationales Strafrecht, 2005, § 7, n. marg. 27; *el mismo*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung, 2002, p. 568 (cit.: Völkerstrafrecht); Krefß, GA 2006, p. 307; Radke, GA 2006, p. 350. Satzger, Internationales Strafrecht, § 14, n. marg. 43; Vest, ZStW 113 (2001), p. 457; Vogel, ZStW 114 (2002), S. 427; Werle, Völkerstrafrecht, 2003, n. marg. 407.

nio del hombre de atrás no se fundamentaría en la fungibilidad del ejecutor directo, sino en que este dominio se debería más bien a que el hombre de atrás se aprovecharía y de este modo utilizaría para sus objetivos la *resolución al hecho* del ejecutor inmediato —existente ya antes de la actuación criminal—. En otros términos, lo decisivo sería la resolución a cometer el hecho punible —completo pero condicionado— del ejecutor inmediato.

Según *Schroeder*, en los casos de autoría en virtud de «*disposición al hecho*» el ejecutor le «trasmite indirectamente» al hombre de atrás que quiere utilizar su libertad de decisión en un determinado sentido, que quiere someterse a él.¹⁷ La declaración incondicional sería: «¡Führer ordena, nosotros te seguimos!»; esta disposición pondría en manos del hombre de atrás el poder cuyo uso lo convierte en autor mediato del delito ordenado.¹⁸ El ejecutor inmediato actuaría libre; sin embargo, el hombre de atrás habría logrado el dominio sobre aquél «a través del comportamiento preexistente a la comisión del hecho.»¹⁹ La «resolución al hecho» fundamentaría así el «dominio del hecho»; luego fundamentaría a la vez la autoría mediata del hombre de atrás. Según esta doctrina, con el criterio de la «disposición al hecho» se obtendría una mayor seguridad en el logro del resultado delictivo. La «resolución al hecho» del ejecutor se convertiría así en la razón principal para la admisión de un dominio de los hombres de atrás y con ello para la fundamentación de una doble autoría (autor detrás del autor)²⁰. Fundamentada así la autoría mediata del hombre de atrás, la doctrina de la disposición al hecho critica el concepto de «fungibilidad» en la teoría del dominio por organización de *Roxin*. Según la doctrina de la disposición al hecho, para la fundamentación de una autoría mediata no sería decisivo la *fungibilidad* del ejecutor inmediato. La automatización del suceso criminal se debería más bien a la disposición incondicional al hecho del ejecutor. *Schroeder*²¹ subraya que la verdadera «razón para la admisión de un dominio

¹⁷ *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 166.

¹⁸ *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 152. Él advierte, sin embargo, que esto no regiría para el deber de obediencia contenido en el juramento de la bandera del Dritte Reich y de la República Democrática de Alemania.

¹⁹ *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 153.

²⁰ *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

²¹ *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

del hecho del hombre de atrás sólo puede radicar en que a través de la fungibilidad puede tener a disposición en todo momento instrumentos predispuestos al hecho». Por tanto, la fungibilidad «sería solo un medio para lograr el dominio, pero no su fundamento decisivo».

3. En la doctrina peruana *Meini*²² defiende una concepción similar. Él considera que la autoría (mediata) por organización se fundamenta en la disposición de los ejecutores a realizar el hecho delictivo. En un importante trabajo sobre los problemas de la autoría y participación en la criminalidad organizada, *Meini* señala que para fundamentar la responsabilidad penal del hombre de atrás por los hechos que realizan los ejecutores, se debe reparar en que el hombre de atrás se aprovecha de la disposición de los ejecutores para realizar el delito. Asimismo, argumenta que «la posibilidad de sustituir a los ejecutores (sin dejar de ser un dato fáctico) confirma que el dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar la orden»²³. La razón del cumplimiento de las órdenes criminales y la razón «de por qué puede ser sustituido por otro que también ejecutará la orden» sería «su predisposición para llevar a cabo el mandato recibido». Y estando a que «esta predisposición es anterior a su participación en la realización en el hecho delictivo» se trataría «de un presupuesto de su intervención en la ejecución del hecho dominado por el hombre de detrás.»²⁴ Finalmente, concluye *Meini* «el dominio sobre la organización en virtud del cual se fundamenta la autoría mediata del hombre de atrás en los aparatos de poder, y conforme a la cual el ejecutor del hecho es también un autor responsable, consiste en el aprovechamiento de la disposición de los miembros de la organización para llevar a cabo las órdenes que desde instancias superiores reciban. La posibilidad de sustituir a los ejecutores representa únicamente la existencia de mayores probabilidades de que el hecho se realice, pero no fundamenta dominio alguno.»²⁵

²² *Meini Méndez*, RPCP 14, pp. 235 y ss.

²³ *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 259.

²⁴ *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 259.

²⁵ *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 262.

4. De la concepción de la «doctrina de la disposición al hecho» se desprende también que el concepto de dominio del hecho que emplea, constituye un dominio fáctico sobre el ejecutor inmediato concreto y no un dominio sobre la organización,²⁶ interesando «únicamente la relación entre el hombre de atrás y el ejecutor».²⁷ El hombre de atrás domina al ejecutor inmediato en razón a que aprovecharía su resolución al hecho punible. Éste habría renunciado voluntariamente al ejercicio de su libertad, habría ofrecido su libertad al hombre de atrás. Esta oferta sin condición alguna de realizar el hecho punible, fundamentaría aquí la autoría mediata del hombre de atrás que da la orden.

IV. «DISPOSICIÓN AL HECHO»: ¿FUNDAMENTO DEL DOMINIO POR ORGANIZACIÓN? CONSIDERACIONES CRÍTICAS

En la ciencia penal la «doctrina de la disposición al hecho» ha sido criticada severamente²⁸. Existen razones fundadas para ello. En las líneas que siguen se presenta algunas apreciaciones críticas contra esta doctrina.

1. *La disposición al hecho (condicionada o incondicional) no fundamenta el dominio del hecho.* La concepción de dominio que defiende la «doctrina de la predisposición al hecho» debe ser rechazada, pues se basa en el dominio que ejercería el hombre de atrás sobre el ejecutor por medio del aprovechamiento de su «disposición al hecho». Para este sector doctrinal, se trataría, al mismo tiempo, de un dominio que pone en relación al hombre de atrás

²⁶ Esta característica es también resaltada por *Schlösser*, *Soziale Tatherrschaft*, p. 61.

²⁷ *Schroeder*, *Der Täter hinter dem Täter*, p. 143, 169; *Meini Méndez*, *RPCP* 14, p. 258, 259.

²⁸ Cfr. *Ambos*, *GA* 1998, p. 230; *Roxin*, *AT II*, § 25, n. marg. 134; *el mismo*, *JZ* 1995, p. 51; *Rotsch* 1998, p. 143; *el mismo*, *ZStW* 112 (2000), p. 525; *Herzberg*, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 49; *Stein*, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 186.; *Schlösser*, *Soziale Tatherrschaft*, p. 159; *Bloy*, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 363 (cit.: *Zurechnungstypus*); *Jakobs*, *NSZ* 95, p. 27; *Murmann*, *GA* p. 272 y ss., cita 32.; *Woblers* *ZStW* 108 (1996), p. 72. La jurisprudencia actual del BGH ha abandonado totalmente la inicial tendencia subjetiva (apoyada en parte en la teoría de *Schroeder*) y se fundamenta hoy en una doctrina de la «utilización de condiciones marco» (*Rahmenbedingungen*), cfr, *BGHSt.* 48, 331; *BGHSt.* 49, 147.

con el ejecutor²⁹. Sin embargo, el dominio en la realización del evento criminal se fundamenta en el dominio que se ejerce sobre la organización. A través de este dominio se «asegura» la realización del tipo, incluso si el ejecutor no está «predispuesto», «resuelto» o «decidido» al hecho. En consecuencia, el aprovechamiento de la simple predisposición al hecho del ejecutor (condicionada o incondicional) no puede fundamentar el dominio sobre la organización.

De otro lado, en muchos de los crímenes ejecutados por medio de aparatos organizados (como p.e. en los cometidos por Hitler o Videla) no todos los ejecutores directos estaban «predispuestos» a realizar dichos crímenes. Pese a ello, los delitos cometidos por los ejecutores les hubieran sido imputados a título de autoría (mediata). En este mismo sentido, ha subrayado *Roxin*³⁰ que la realización inmediata de la orden de disparo impartida no depende en absoluto de la «disposición incondicional» del comisionado con la orden. Muchos se habrían sustraído de las órdenes criminales con astucia o las habrían cumplido solamente para evitar inconvenientes personales de consideración. Lo especial del dominio por organización «radica justamente en que el funcionamiento y con él la realización del tipo penal está asegurado independientemente de la existencia o inexistencia de la disposición incondicional al hecho.»³¹ También *Jakobs*³², quien incluso es un crítico de la teoría aquí desarrollada, niega que el empleo de un «decidido al hecho» pueda fundamentar una autoría mediata. Una disposición al hecho independiente – señala *Jakobs* – habría faltado con seguridad en un gran número de ejecutores en los tiempos del nacionalsocialismo. Una decisión autónoma contradiría el «*Führerprinzip*». Asimismo, *Otto*³³ ha llamado la atención sobre la inidoneidad del criterio de la «predisposición al hecho». En su opinión, si el hombre de atrás sabe que el ejecutor directo está resuelto al hecho (incondicionalmente) y que, por lo tanto, le falta fuerza de resistencia al delito, podría utilizarlo para sus pro-

²⁹ *Schroeder*, der Täter hinter dem Täter, p. 143, 166.

³⁰ *Roxin*, JZ 1995, p. 51.

³¹ *Roxin*, JZ 1995, p. 51.

³² *Jakobs*, AT, 1991, 21/102; cita 190.

³³ *Otto*, Jura, pp. 757, 758.

prios planes (criminales). Luego, añada lo siguiente: «Pero en este conocimiento no hay ningún dominio sobre el ejecutor decidido al hecho». Dada la resolución al hecho del ejecutor podría esperarse la realización del hecho punible, pero con este confiar o esperar no se domina nada todavía. La «resolución al hecho incondicional y la falta de fuerza de resistencia no fundamentan todavía ninguna posición de dominio del hombre de atrás»³⁴. Ni siquiera *Ambos*, quien realiza un minucioso estudio crítico sobre la autoría por organización y presenta propuestas críticas contra la teoría de *Roxin*, ha considerado la posibilidad de reemplazar el concepto de «fungibilidad» por el de «disposición al hecho».³⁵

2. *El criterio de la «disposición al hecho» elimina una clara delimitación entre autoría mediata e instigación.* La doctrina de la «predisposición al hecho» debe ser rechazada porque en los hechos, elimina una delimitación confiable entre autoría mediata e instigación. Esta doctrina echa por la borda los parámetros de distinción alcanzados por la ciencia. Según *Schroeder*, el hombre de atrás sería autor mediato pues habría utilizado a una persona resuelta al hecho. En el centro de su argumentación está pues el concepto «inseguridad típica en el logro del resultado»³⁶ que sería característico del partícipe y que faltaría en los casos donde se utiliza un ejecutor decidido al hecho³⁷. Según su concepción, la distinción de la autoría mediata respecto de la instigación radicaría en el grado de seguridad del logro del resultado típico. Si en el caso concreto existiese inseguridad en la realización del resultado estaríamos ante una instigación; por el contrario, si existiese seguridad en la realización del resultado se trataría de una autoría (mediata). Sin embargo, este criterio no resulta convincente. El grado de seguridad en el logro del resultado típico no constituye criterio adecuado para distinguir las distintas formas de intervención en el delito! Ello porque en

³⁴ *Otto*, Jura, pp. 757, 758.

³⁵ *Ambos*, *Völkerstrafrecht*, p. 614 propone más bien una fundamentación normativa basada en «el dominio del Estado sobre la relación de reconocimiento hacia y entre los ciudadanos.» Cfr. al respecto también su último estudio sobre el dominio por organización en: RBCC 68 (2007), pp. 82, 83, 84, 104, 105.

³⁶ *Schroeder*, *Der Täter hinter dem Täter*, pp. 150, 196.

³⁷ *Bloy*, *Zurechnungstypus*, p. 362 pone de relieve esta característica en la concepción de *Schroeder*.

principio, una seguridad total en el logro de los resultados no existe casi en ningún caso. De otro lado, en la constelación de casos de la autoría mediata esto se observa con mayor claridad, pues nunca se puede estar totalmente seguro de la actuación del ejecutor directo. Una seguridad tal sería únicamente posible si el comportamiento del tercero (ejecutor) fuera equiparable con las fuerzas de la naturaleza determinadas causalmente —gracias a la resolución al hecho ya existente—³⁸; sin embargo, esto resulta simplemente inconcebible³⁹.

Además, si como señala *Schroeder* la disposición al hecho en el ejecutor debe presentarse antes de la ejecución del hecho, entonces puede afirmarse con razón que la inseguridad será siempre la misma, no pudiéndose distinguir con objetividad si se trata de un caso de autoría o instigación⁴⁰. Podría afirmarse que incluso tratándose de este tipo de criminalidad, la inseguridad en la producción del resultado estará siempre presente; luego, debe concurrir siempre una instigación y no una autoría mediata como lo propugna la «doctrina de la disposición». Aquí debe subrayarse la crítica de *Rotsch*⁴¹, quien afirma que si bien *Schroeder*⁴² afirma que cuando se utiliza a un actor decidido al hecho, falta la inseguridad que siempre está en la instigación; sin embargo, él hace de esta inseguridad en la producción del resultado el elemento constitutivo de la autoría. Esto sería así, puesto que si *Schroeder* se apoya expresamente en la disposición hacia la realización del delito existente antes de la comisión de hecho, entonces queda claro que no existe diferencia alguna respecto de la situación de la instigación. El actor inmediato tiene la posibilidad de prescindir de la comisión del hecho siempre, al igual que el instigado (p.e. porque repentinamente le sobreviene un cargo de conciencia). Esto se pone de relieve más aún, cuando en la

³⁸ *Bloy*, Zurechnungstypus, p. 362.

³⁹ Cfr. también *Villa Stein*, PG, 2001, p. 318.

⁴⁰ *Rotsch*, ZStW (2000), p. 525, 526; *Heine*, Eser-Festgabe, 1995, p. 66; *Roxin*, JZ 1995, p. 51; *Ambos*, GA (1998), p. 230; *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, 2000, p. 87.

⁴¹ *Rotsch*, ZStW 112 (2000), S. 525; *ders.*, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998, p. 143.

⁴² *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 150.

fundamentación de la teoría se apela a una disposición del ejecutor condicionada. Por lo demás, la resistencia psíquica en el caso de la instigación sería la misma que en el caso de autoría mediata que propone *Schroeder*.

En resumen, la «disposición al hecho» no es pues un criterio seguro y adecuado para determinar y delimitar la autoría en estos casos; muy por el contrario, en muchos casos este criterio conduce a afirmar una instigación. La doctrina de la disposición al hecho elimina de este modo una delimitación segura y confiable entre las distintas formas de intervención en el delito. Esto se pone de relieve también, si consideramos —como lo hace este sector doctrinal— que la «disposición al hecho» significa un «ofrecerse»⁴³ a realizar el delito y el comportamiento del hombre de atrás, un «aceptar el ofrecimiento» del ejecutor. Aquí queda claro que esta «aceptación» constituye un caso de instigación y no un caso de autoría mediata como pretende la doctrina de la disposición al hecho⁴⁴. Así por ejemplo, está fuera de duda en la doctrina que quien se vale de un asesino a sueldo (sicario) para la comisión de un delito responde penalmente a título de instigador⁴⁵. Si el sicario⁴⁶ se «ofrece» para la comisión de un homicidio y la persona de atrás «acepta este ofrecimiento» y como consecuencia de ello el sicario da muerte a la víctima, entonces el hombre de atrás responderá como instigador⁴⁷ y no como autor mediato como pretende la doctrina de la disposición al hecho.

⁴³ En este sentido también *Roxin*, JZ 1995, p. 51; *Ambos*, GA (1998), p. 230, 231; *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit, p. 87.

⁴⁴ Comparten esta crítica contra la doctrina de la disposición al hecho en la ciencia alemana entre otros, *Woblers*, ZStW 108 (1996), p. 72; *Roxin*, JZ 1995, p. 51.

⁴⁵ *Hurtado Pozo*, PG, 2005, p. 2278. Con mayores referencias bibliográficas *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, § 51, n. marg. 9.

⁴⁶ El caso del sicario, dispuesto de modo general al delito, no constituye un supuesto de *omnimodo facturus*, Cfr. *Jakobs*, AT, 22/24; *Jescheck/Weigend*, AT, p. 689; *LK-Schünemann*, § 26, n. marg. 18; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I, § 12, n. marg. 144. También *Villa Stein*, PG, 2001, p. 329, reconoce que no se daría un caso de instigación si el autor ya había decidido con anterioridad la comisión del delito. Cfr. también *Villavicencio Terreros*, PG, 2006, n. marg. 1150; *Hurtado Pozo*, PG, p. 2278.

⁴⁷ Pero para *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 151, esta conducta del sicario constituiría un supuesto de autoría mediata, opinión que no es compartida por la doctrina dominante.

Como se puede observar el criterio de la «disposición al hecho» no lleva necesariamente a la autoría (mediata); luego, no puede constituir un criterio dogmáticamente seguro que permita distinguir autoría mediata de instigación. El peligro de una desaparición de fronteras claras entre la autoría mediata e instigación al que lleva la doctrina de la predisposición al hecho, ha sido denunciado en la doctrina también por algunos autores como *Ambos*⁴⁸, *Schlösser*⁴⁹, *Rotsch*⁵⁰, *Woblers*⁵¹ entre otros.

3. *El carácter subjetivo de la predisposición al hecho lleva a una teoría subjetiva en la delimitación entre autoría y participación.* El recurso al criterio de la «predisposición al hecho» lleva a una fundamentación subjetiva, similar a la ya superada doctrina subjetiva de la autoría que solía determinar y delimitar a autores y partícipes según la actitud interna de éstos (*animus auctoris* – *animus socii*). Un criterio subjetivo como éste no puede constituir un parámetro de determinación de la autoría, tampoco de la autoría mediata. También desde una perspectiva práctica se debe rechazar este criterio (subjetivo), pues es difícil de constatar su concurrencia en el caso concreto, convirtiéndose así en un elemento inseguro que conlleva a un arbitrario «decisionismo» de los jueces. *Herzberg* critica igualmente el criterio de la firmeza de la resolución al hecho de la *otra* persona, pues éste sería para los jueces de difícil acceso, este criterio no se podría probar como tampoco negar. Seguidamente *Herzberg* sentencia: es probable que el mismo ejecutor «no haya sabido, cual sería su firmeza en el momento decisivo.» Un «criterio vacío» como éste, llevaría en la práctica siempre a la afirmación de una participación – por mandato del principio «in dubio pro reo» – . Donde se precisa ilustración y seguridad, decidiría el azar.⁵²

4. *El aprovechamiento de la predisposición al hecho del ejecutor no conduce siempre a la autoría.* Se ha discutido también – en un ámbito de aplicación más amplio – sobre la idoneidad del criterio de la «predisposición al hecho» para fundamentar la autoría de quien utiliza para sus fines a una persona predispuesta al hecho punible. Por ejemplo, el caso del padre que está

⁴⁸ *Ambos*, GA (1998), p. 230.

⁴⁹ *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, p. 161.

⁵⁰ *Rotsch*, ZStW (2000), p. 525 y s.

⁵¹ *Woblers*, ZStW 108 (1996), p. 72.

⁵² *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, p. 49.

predisposto a matar al novio de su hija. Ella, que ha tenido una discusión con su novio, quiere vengarse mortalmente de él y para ello revela a su padre el lugar donde se encuentra el novio. El padre cumple con matar al novio. La interrogante de esta constelación se resume en la siguiente pregunta ¿es la hija autora mediata del homicidio? Según la concepción de la doctrina de la disposición al hecho habría que afirmar la autoría mediata⁵³, pues la hija se habría valido para sus planes de una persona predisposta al hecho, habiendo colocado la condición decisiva. Pero este resultado no convence. Por lo demás, la doctrina casi unánime niega en este caso una autoría (mediata) y afirma – por el contrario – un comportamiento de participación. Tras este razonamiento queda claro que el criterio de la predisposición al hecho no convence en el tratamiento de la autoría en el ámbito tradicional de la imputación personal, luego surge la interrogante de cómo podría ser empleado válidamente en el ámbito de la criminalidad mediante organización.

5. *La predisposición al hecho no constituye la razón de la fungibilidad.* Para Schroeder la razón del dominio del hecho del hombre de atrás radica en que «a través de la fungibilidad se puede tener a disposición instrumentos dispuestos al hecho en todo momento»⁵⁴. La fungibilidad «sería solo un medio para lograr el dominio, pero no su fundamento decisivo»⁵⁵. Sin embargo, esta argumentación de Schroeder le resta fuerza a la crítica formulada a la concepción aquí defendida. Si la fungibilidad posibilita que se pueda tener a disposición en todo momento ejecutores (predispuestos al hecho o no), entonces se confirma que esta característica (la fungibilidad) es importante pues posibilita justamente que se pueda contar con ejecutores de reemplazo que asegurarían el logro del resultado típico. La circunstancia de que el ejecutor (que está a disposición en todo momento *gracias a la fungibilidad*) esté resuelto al hecho o no, no afectará en nada la realización del evento criminal.

Meini coincide con Schroeder en esta argumentación y afirma adicionalmente que si cuando el ejecutor «se desiste otro le reemplaza y se *asegura así el cumplimiento de la orden*, es porque el reemplazante, al igual que la mayoría

⁵³ Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

⁵⁴ Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

⁵⁵ Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

de los que componen el colectivo de ejecutores, están dispuestos a ejecutar la orden»⁵⁶. Pero aquí se puede observar con claridad que la orden no se asegura por la «disposición al hecho», sino por la reemplazabilidad de los órganos ejecutores, pues si se prescinde de la fungibilidad; es decir, si no se cuenta con ejecutores de reemplazo (decididos al hecho o no) no se podrá cumplir con el plan criminal del hombre de atrás —en el lejano e hipotético caso en que el primer ejecutor se niega a hacerlo—. De la afirmación de *Meini* se desprende también que en los hechos la verdadera razón del aseguramiento del cumplimiento de la orden es el «dato fáctico» de la existencia de otros ejecutores que realizarán la orden. El «porqué de este cumplimiento»; es decir, si es porque se encuentran bajo presión, por miedo, por sadismo, por crueldad, por convencimiento, por tener la conciencia de su reemplazabilidad, implica una búsqueda en lo más profundo de la psiquis de los ejecutores, que en última instancia podría extraerse de una investigación criminológica que apele a la psicología criminal. Pero, con todo, el porqué este nuevo reemplazante ejecuta la orden no es de relevancia aquí para la imputación normativa —su afirmación o negación no afecta en nada los criterios dogmáticos de imputación esbozados—. Lo relevante para la imputación no es el contenido o tendencia subjetiva del ejecutor (sea la disposición al hecho u otro estado), sino el dominio sobre la organización⁵⁷ que le posibilita hacer que sus órdenes sean ejecutadas por los órganos de ejecución.

Sin embargo, *Meini* afirma también que la razón «de por qué [el ejecutor] puede ser sustituido por otro que también ejecutará la orden, es su predisposición para llevar a cabo el mandato recibido»⁵⁸. No obstante, este argumento no convence. Con esta tesis él señalaría que la razón de la *fungibilidad* sería la *predisposición al hecho*, es decir, este razonamiento supondría que sin la predisposición al hecho no existiría la posibilidad de sustituir al ejecutor por otro que también ejecutará la orden (fungibilidad). Sin embargo, esta afirmación contradice su anterior tesis según la cual la fungibilidad sería un dato fáctico y además conduce a la consecuencia inadmi-

⁵⁶ *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 259.

⁵⁷ *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit, p. 92; *Schlösser*, GA 2007, p. 164; *Bloy*, GA 1996, p. 424, 425; *Roxin*, FS-Schroeder, p. 392.

⁵⁸ *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 259.

ble de que la existencia de un «dato fáctico» dependería de una disposición subjetiva del ejecutor.

V. LA NECESIDAD DEL MANTENIMIENTO DEL NÚCLEO DURO DE LA TEORÍA DEL DOMINIO POR ORGANIZACIÓN

1. Según la concepción sostenida en el presente trabajo, la autoría mediata sólo puede ser fundamentada en el dominio que ejerce el hombre de atrás sobre una organización, cuya actuación en el caso concreto se produce fuera del Derecho y que *normalmente* cuenta con ejecutores reemplazables. Esta estructura de la autoría mediata en virtud de dominio por organización constituye el *núcleo duro* irrenunciable en la concepción defendida.

Autor es —según nuestra opinión— la figura central del acontecimiento criminal, partícipe es quien interviene en el delito con contribuciones secundarias. Conforme al criterio del *dominio del hecho*, aplicable a la mayor parte de los delitos⁵⁹, autor es quien posee el dominio de los sucesos delictivos, pudiendo presentarse una autoría directa, una autoría mediata o una coautoría. En la autoría mediata (realización del hecho punible «*por medio de otro*», según el art. 23 CP) el hombre de atrás tiene el dominio del acontecimiento delictivo debido, en principio, a que se aprovecha y utiliza como *instrumento*⁶⁰ a otra persona — el ejecutor inmediato — que se encuentra bajo error o bajo amenaza; pero también se presenta una autoría mediata cuando el hombre de atrás ordena la comisión del hecho punible a través de un aparato de poder sobre el cual tiene dominio⁶¹. El dominio sobre la organización le otorga al hombre de atrás un dominio sobre la producción del resultado que materialmente es realizado por un órgano de ejecución

⁵⁹ El dominio del hecho no es el único criterio de autoría, junto a él se encuentra el criterio de la «infracción del deber» para delitos que suponen una especial posición de deber en la persona del autor (*Pflichtdelikte*). Para la discusión véase en la doctrina peruana, *Abanto Vásquez*, RP 14 (2004), p. 3 y ss.; *Caro John*, ADP (2003), p. 49 y ss. En Alemania *Roxin*, *Täterschaft*, p. 352 y ss.

⁶⁰ *Stratenwerth/ Kühlen*, AT I, § 12, n. marg. 30; *Wessels/Beulke*, AT, § 13, n. marg. 535; *Kühl*, AT, § 20, n. marg. 38; *LK-Schünemann*, § 25, n. marg. 69.

⁶¹ *Eser*, *StrafR II*, Fall 38, n. marg. 25; *Freund*, AT 1998, § 10, n. marg. 90; *Hirsch*, *Rechtsstaatliches Strafrecht*, p. 22; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), p. 244.; *Ingelfinger*,

del aparato organizado: el ejecutor inmediato. Por consiguiente, se trata de un dominio concreto sobre la organización, y no de un dominio fáctico sobre el ejecutor inmediato⁶². La fundamentación de autoría mediata no puede basarse en el dominio o control del intermediario⁶³, pues el ejecutor inmediato es una persona libre y responsable en la realización de sus propias acciones.

2. El elemento fundamental de la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización lo constituye el dominio sobre la organización. Este dominio es el que permite al hombre de atrás «realizar» el crimen. El dominio sobre la organización posibilita a su vez el dominio del logro del resultado típico. *Características* de este dominio son la actuación fuera del Derecho y la – *por lo general* – reemplazabilidad de los órganos de ejecución de la organización.

En este contexto, el dominio del hecho en virtud de dominio por organización implica el dominio de un aparato de poder o de una organización. La estructura organizacional y funcional del aparato debe estar conformada de modo tal que las órdenes de los «jefes supremos», «líderes» o «mandos», sean ejecutadas «automáticamente». La estructura jerárquicamente organizada permite la automaticidad en el cumplimiento de las órdenes. Sobre este tipo de organización se fundamenta el dominio del acontecimiento criminal. Siendo esto así, en organizaciones de este tipo la medida de responsabilidad por los hechos cometidos se incrementará en la medida en que se ascienda en la jerarquía de la organización. Esta asignación de responsabilidad fue puesta de relieve y empleada por el Tribunal de Jerusalén en el juicio de *Eichmann* por los crímenes cometidos durante el régimen nacionalsocialista. Allí, se señaló que la cercanía o la distancia a los ejecutores materiales no debía tener mayor influencia en la responsabili-

Anstiftersvorsatz, p. 183; *Kreß*, GA 2006, p. 205; *Kühl*, AT, § 20, n. marg. 73 y s.; *Küpper*, GA 1998, p. 523; *Lampe*, ZStW 106 (1994), p. 743; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT, § 48, n. marg. 88; *Radtke*, GA 2006, p. 350; *Satzger*, Internationales Strafrecht, § 14, n. marg. 43; *Schild*, Täterschaft als Tatherrschaft, p. 10; *Schultz*, JuS 1997, p. 111; *Schünemann*, FS-Schroeder, p. 401; *el mismo*, LK, § 25, n. marg. 122; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 12, n. marg. 65, 66, 67; *Vest*, ZStW 113 (2001), p. 492; *Wessels/Beulke*, AT, n. marg. 541.

⁶² Cfr. también *Schlösser*, GA 2007, p. 164.

⁶³ *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, p. 148 y s.; *Ambos*, GA 1998, p. 226; *Bloy*, Zurechnungstypus, p. 345 y s.; *el mismo*, GA 1996, p. 441.

dad, por el contrario la responsabilidad se incrementaría en la medida que se aleje de los ejecutores materiales y se acerque a la cumbre de la jerarquía.

En este marco, un elemento que contribuye al aseguramiento del resultado típico lo constituye la actuación al margen del derecho de la organización («desvinculación del derecho»)⁶⁴. Pues una organización que actúa ilegalmente tiene procesos de funcionamiento propios que se distancian de un funcionamiento «normal» y que, posibilitan de esta manera el cumplimiento de sus objetivos⁶⁵. La otra característica dogmática del dominio por organización es la reemplazabilidad del órgano de ejecución, es decir, la posibilidad de sustituir al ejecutor que *Roxin* designaba con el término «*Fungibilität*»⁶⁶. Esta posibilidad de reemplazar al ejecutor por otro aseguraría el cumplimiento de las órdenes criminales, en caso que el actor inicial falle o se desista del intento; el ejecutor constituye una simple pieza en la maquinaria que es la organización.⁶⁷ El significado del ejecutor para la organización no es determinante, es simplemente un órgano ejecutor de las «importantes» decisiones de los altos mandos. La individualidad del órgano ejecutor no es de relevancia, es más, en la mayoría de los casos no existirá un contacto personal entre el alto mando que imparte las órdenes y el ejecutor. El hombre de atrás tiene un dominio actual del evento criminal —en la consecución del resultado típico—, no porque domine a la persona que realiza la acción típica, sino porque domina a la organización cuyos órganos de ejecución son *normalmente*⁶⁸ reemplazables. De otro lado, el rol central del hombre de atrás (como autor) no elimina, en absoluto, la responsabilidad del ejecutor como autor directo⁶⁹. Al mismo tiempo, esta actuación responsable del ejecutor no evita la responsabilidad, como autor

⁶⁴ Cfr. también MK-Joecks, § 25, n. marg. 132 y s.; *Roxin*, FS-Gründwald, 1999, p. 556; *el mimo*, AT II, § 25, n. marg. 130; *Heine*, Eser-Festgabe, p. 63; LK-Schünemann, § 25, n. marg. 130; *Brammsen*, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung, 134.

⁶⁵ Este elemento permitiría a su vez, limitar el ámbito de aplicación de la teoría y de este modo evitar el peligro de su posible degeneración, garantizando así su legitimidad.

⁶⁶ *Roxin*, Täterschaft, p. 245.

⁶⁷ En este sentido también *Bloy*, Zurechnungstypus, p. 345.

⁶⁸ La reemplazabilidad (fungibilidad) constituye una característica del dominio por organización, pero no es el elemento fundador. Cfr. sobre la discusión del concepto de fungibilidad LK-Schünemann, § 25, n. marg. 127.

⁶⁹ Cfr. también *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit, p. 82.

mediato, del alto mando que imparte las órdenes criminales. La imputación de la autoría en cada caso concreto se basa en diferentes fundamentos dogmáticos.

3. De la concepción aquí sostenida se desprende también, que la construcción dogmática de la autoría mediata en virtud de dominio por organización no constituye una doctrina que sirva para salvar casos de insuficiencia probatoria⁷⁰. La aplicación de la teoría tiene presupuestos claros y ella se produce cuando estos presupuestos concurren en el caso concreto. Del mismo modo, queda claro que esta teoría no es de aplicación ilimitada para todos los casos de criminalidad mediante organizaciones. No toda conducta del hombre de atrás constituye una autoría mediata. El hombre de atrás también podría intervenir en el marco de sus actividades ilícitas a título de coautor o de instigador. La estructura dogmática de la autoría mediata por dominio de organización tiene una clara y racional estructura y un ámbito de aplicación limitado. En resumen, el *dominio por organización* no es pues un modelo teórico que se aplique en todas las constelaciones imaginables⁷¹.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La teoría del dominio por organización, debido a su notable claridad dogmática, ha ejercido gran influencia en la doctrina. En la jurisprudencia sirve hoy de fundamento dogmático para resolver casos en los cuales altos mandos de un aparato de poder organizado ordenan la comisión de crímenes. Esta teoría debería ser aplicada en el juzgamiento del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori; y, consecuentemente, se debería abandonar el impreciso y problemático criterio de «disposición al hecho» como presupuesto de la teoría del dominio por organización. Así lo ha entendido también la Corte Suprema de Chile cuando en el *nonagésimo séptimo* considerando de la sentencia⁷², que concede la extradición del ex presidente Alberto Fujimori, señala como fundamento de la autoría mediata el «dominio sobre la organización» y la «fungibilidad» del ejecutor.

Munich, diciembre del 2007.

⁷⁰ *Rotsch*, NStZ 2005, p. 13, critica que la teoría podría utilizarse para salvar casos de insuficiencia probatoria.

⁷¹ En este sentido también *Radtke*, GA 2006, p. 355; *Roxin*, FS-Schroeder, p. 395, 396.

⁷² Sentencia de la Corte Suprema de Chile que concede la extradición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, de fecha 21 de septiembre de 2007.

HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UN DEBATE DE ACTUALIDAD

ELENA BURGOA

Universidad de Novoa, Lisboa

I. INTRODUCCIÓN

La generalidad de los países ha venido enfrentando en los últimos años una avalancha de denuncias y escándalos relacionados con la venta y aprovechamiento de la función pública y con el manejo arbitrario de fondos y bienes públicos con los propósitos más espúreos y alejados de la finalidad a que están destinados. El fenómeno sobrevuela espacios y tiempo. Y si en varias ocasiones se ha considerado que tales conductas son propias de la naturaleza humana, de la pérdida de valores o de la debilidad del sistema jurídico resulta innegable que el problema tiene raíces profundas. En la búsqueda de alternativas y de soluciones integrales para atender este problema creciente y panorama desolador se insertan las tendencias actuales de alargamiento de los plazos de prescripción. A pesar de los orígenes remotos de la prescripción y de sus arraigados orígenes no usufruye de un carácter de institución indiscutible e intangible.

Este tema hace aparición en el cuadro de un despertar a las muchas preocupaciones sentidas en el ámbito de la persecución de los delitos contra la administración pública por los varios rincones de la geografía mundial. Y en efecto, se pretende también salir del profundo sueño o letargo con propuestas de reforma en materia de prescripción de los delitos contra la administración pública (a veces convertidas o convertibles en el epicentro de las agendas políticas¹). De este modo, nuestro objetivo será

¹ Sobre este particular Ronald Gamarra Herrera señaló que, «*el Congreso debiera debatir y aprobar de inmediato la propuesta de imprescriptibilidad. Esa es una bandera que, en todo*

realizar una apreciación sobre la legitimidad y sentido del instituto de la prescripción y de las referidas propuestas.

II. EL FUNDAMENTO Y RELIEVE CONSTITUCIONAL DE LA PRESCRIPCIÓN/IMPRESCRIPTIBILIDAD

A) Prescripción

Cualquier reflexión en torno de la prescripción ha de partir de la constatación de una realidad evidente y contradictoria. El instituto de la prescripción es una de las garantías de autolimitación del poder del Estado más necesarias y, a la vez, más perfectibles, dado el descontento social hacia la misma. Este clima de descontento y de desconfianza se ha visto favorecido por los diversos escándalos de corrupción política que han irrumpido en la vida pública llamando la atención de la opinión pública. De aquí que «el fantasma de la prescripción» ocupe una posición central en el debate en torno a estas manifestaciones delictivas.

A pesar de que la prescripción pueda favorecer a los delincuentes, a nadie se le oculta que no puede haber funcionamiento del aparato judicial sin prescripción. La percepción de la institución será así contradictoria. Ya que, siendo de las instituciones peor valoradas, es percibida a la vez como un mal necesario. Nuestro reto será entonces analizar el funcionamiento de la institución y, en la medida de lo posible, apuntar posibles vías para perfeccionar el sistema prescripcional.

caso y para todo efecto, debe ser enarbolada por los candidatos a la presidencia de la República, como expresión de su compromiso con la tarea anticorrupción», cfr. «la corrupción no prescribe» in www.proetica.org.pe. En la misma línea está lo planteado en el proyecto de ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz» por el Presidente Evo Morales al Congreso de la República en 27 de abril de 2006 para luchar y terminar con la corrupción» institucionalizada» al establecer, entre otras propuestas, la imprescriptibilidad de los delitos (y de las penas) contra la economía del Estado, <http://www.bolpress.com>. Sobre el anteproyecto de CP en estudio, el camarista Vélez de la ciudad de Córdoba, Argentina señala fundamentalmente como positiva, la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, cfr. <http://www.lavozdelinterior.com.uy/2006/0703/>. Haciendo referencia concretamente al caso de la República Eslovaca, Jorge Ángel Espina Ramos plantea la cuestión de la necesidad de incrementar los plazos de prescripción en relación con la lucha anticorrupción, <http://www.vlada.gov.sk/>.

Admitir su relevancia o razonabilidad no impide constatar que, doctrinalmente, se revela como un grave problema encontrar su fundamento y naturaleza. Teóricamente, como es sabido, varios son los posibles fundamentos que se han destacado para justificar la prescripción². Es oportuno recordar brevemente los diversos principios y causas que fundamentan la prescripción para la generalidad de la doctrina y jurisprudencia³. Entre éstos destacan: la seguridad jurídica, la innecesariedad de la prevención general, la atenuación de la alarma social, los cambios que el transcurso del tiempo opera en la personalidad del autor del delito e ineficacia del castigo, las dificultades probatorias que dificultan el enjuiciamiento y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas⁴. Evidentemente, encontrar una orientación prioritaria obliga a la doctrina a redoblar esfuerzos en la resolución de esta cuestión desde muy diferentes ángulos e inquietudes. Al respecto en la doctrina portuguesa, Figueiredo Dias justifica el instituto sobre todo desde la prevención general positiva⁵, en cambio Faria Costa apunta razones de paz o seguridad jurídica⁶. En todo caso, se trata de sentidos no necesariamente excluyentes entre sí. Ciertamente es que, sin duda, cabe considerar a la prescripción como una vía importante para la autolimitación por parte del Estado del ejercicio del derecho a punir en la práctica jurídica de nuestro tiempo. Desde esta perspectiva, incluye cuestiones de política criminal, dada la desaparición de la necesidad de pena por parte del Estado, y de seguridad jurídica de los ciudadanos. Aspectos que siguen teniendo un

² Según Carlos Rey González, son pocas las novedades aportadas por la doctrina en los últimos tiempos, repitiendo los mismos argumentos de hace cien años, cfr. *La prescripción de la infracción penal (en el código de 1995)*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999, p. 43.

³ Para más detalles sobre las diversas causas consultar, entre otros, Carlos Rey González, op. cit., p. 43 y ss; Antonio Gili Pascual, *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, p. 66 y ss; Ramon Ragués I Vallès, *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 24.

⁴ Sobre ellas, sintéticamente, Francisco Pastor Alcoy, *La prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva*, Editorial Práctica del Derecho, Valencia, 1996, p. 17 y ss.

⁵ Cfr. Jorge Figueiredo Dias, *Direito Penal português, As consequências jurídicas do crime*, Coimbra Editora, reimpressão, 2005, p. 699.

⁶ Cfr. José Faria de Costa, «O Direito Penal e o Tempo. (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)» in *Volume comemorativo do 75.º Tomo do boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2003, p. 1161.

papel fundamental difícilmente sustituible para hacer valer el Estado de derecho.

Este tema se relaciona con otro, que es el de la naturaleza de Derecho Procesal o Penal sustancial de la prescripción. Para enfocar correctamente el tema, no puede olvidarse, como mantiene Antonio Gili Pascual⁷, que los dos ámbitos –sustancial y adjetivo– son inseparables, pues ambos pertenecen al poder punitivo del Estado, tienen el mismo objeto y están sujetos a ciertos principios materiales comunes, uno de los cuales es la necesidad de la pena, al que aparece ligada fuertemente la prescripción. Así las cosas, en opinión de Bustos, «daría lo mismo decir que es de Derecho penal o procesal-penal»⁸. La misma actitud doctrinal puede apreciarse en Teresa Pizarro Beleza, cuando sostiene que la operatividad de la distinción es muy secundaria, ya que lo decisivo es el principio de legalidad para resolver la cuestión de la aplicación retroactiva de las normas que la regulan⁹.

De acuerdo con lo anterior, se hace necesaria una referencia jurídico-constitucional para estudiar el tema. En el fondo, se trata de la visión de este instituto o no como una cuestión constitucional. Durante un tiempo el Tribunal Constitucional español consideró que la prescripción, tanto del delito como de la pena era una cuestión de legalidad ordinaria hasta la STC 63/2005, donde se alude a la garantía procesal constitucional de la prohibición de la indefensión. Sin embargo, ya en la STC 157/1990, de 18 de octubre, Fundamento Jurídico 3.º, razones basadas en los principios y valores constitucionales habían llevado a considerar la seguridad jurídica, al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas¹⁰ y los principios de reeducación y reinserción social como fundamento de la aplicación de la institución. En esta sentencia, no obstante, se determina que la Constitución no establece imperativamente un determinado régimen de prescripción de las infracciones penales, ni tan siquiera impone su propia

⁷ Cfr. Antonio Gili Pascual, op. cit., p. 63, *apud* Bustos Ramírez.

⁸ Cfr. Antonio Gili Pascual, op. cit., p. 63.

⁹ Cfr. Teresa Pizarro Beleza, *Direito Penal, 1º volume*, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1985, p. 396.

¹⁰ Desde el Tribunal Supremo (TS) y Tribunal Constitucional (TC), se ha considerado que entre el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas y la prescripción penal existe una relación de independencia, tanto en los requisitos como en los efectos; Antonio Gili Pascual, ob. cit., p. 71.

existencia, pese a haber declarado que «sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y las faltas». Y en la Sentencia del TC 70/2001, de 17 de marzo de 2001, aparte de reconocer «que es al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica (STEDH de 22 de junio de 2000, caso Coëme, § 146), así como los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto; el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción de las infracciones», ha sentado la doctrina de que la voluntad del legislador se establece sin condicionamientos materiales que deriven de la Constitución hasta el punto de afirmar que «su establecimiento no merma el derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso Stubbings, § 46 y ss), ni las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar (delitos a los que afecta, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo o causas de interrupción) conciernen, en sí mismas, a derecho fundamental alguno de los acusados». Por el contrario, desde la Sentencia del TC Portugués (n.º 483/2002, Fundamento III, 6.1), se alzaprima la función del instituto de la prescripción, de modo que éste es visto como un propio valor constitucional y encuentra su sentido en otros valores con asiento constitucional (principio de seguridad y paz jurídica, de Estado democrático y de Derecho, no necesidad de pena y las propias garantías de defensa). En esta misma sentencia se declara que de esta argumentación no se deriva que exista un verdadero derecho subjetivo a la prescripción.

En suma, teniendo presente lo anterior se comprende mejor el sentido del establecimiento de plazos legales que, una vez transcurridos, impiden al Estado la persecución del delito y se abre la posibilidad de su valoración al contextualizarla en el marco del Derecho penal liberal.

B) Imprescriptibilidad

Parece que una de las razones de peso de la imprescriptibilidad es la calidad del bien jurídico o la gravedad del fenómeno delictivo. La cuestión adquiere gran importancia en el derecho consuetudinario internacional al establecer que cierto tipo de crímenes son imprescriptibles¹¹ como los crí-

¹¹ Así la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad no nace de la Convención de 1968, pues ésta sólo se limitó a consagrarlo formalmente. El carác-

menes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el apartheid¹². Asimismo, se asegura también en el derecho internacional convencional¹³. Sobre este particular, se afirma de forma categórica, que no hay prescripción de tales delitos, como consecuencia lógica de su carácter aberrante, ofensivo para la humanidad entera¹⁴. Y también asume la idea de que el fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por los detentores del poder punitivo aprovechándose de la estructura estatal, operando fuera del control del derecho penal. La preocupación por la coherencia jurídica del ordenamiento aconseja, entonces, la no limitación del sistema.

A los efectos de nuestro tema debemos considerar si estos precedentes son trasladables a los supuestos de «corrupción»¹⁵. El problema, por

ter de infracción de derecho internacional consuetudinario fue reconocido por la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión consultiva de 1951 sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, p. 23. De igual modo, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en su primera sentencia (2 de octubre de 1998) reconoció que la Convención sobre el genocidio es «incontestablemente considerada parte integrante del derecho internacional consuetudinario».

¹² Hay que observar que la tortura y la desaparición forzada a pesar de ser crímenes internacionales no son imprescriptibles *per se*, salvo cuando estos actos son cometidos dentro de una práctica a gran escala o sistemática en que pasan a constituir crimen de lesa humanidad.

¹³ La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968 (art. I); el estatuto de la Corte Penal Internacional.

¹⁴ Sabido es que en el caso de estos atroces delitos, es la comunidad internacional y no el estado en cuestión que determina típicamente los crímenes. Precisamente, esto nos lleva a considerar la cuestión de carácter imperativo o de *ius cogens* de la norma consuetudinaria, sobrepasando la voluntad de los estados. Por ello, toda vez que la ley penal deviene de ley anterior —la normativa internacional— se señala que no hay colisión con el principio de legalidad y sus corolarios. Asimismo, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos se asegura por el juez Sergio García Ramírez que su investigación y sanción implica una obligación de los Estados que «no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de excluyentes de incriminación y otras que pudieran llevar a los mismos resultados» (Sentencia sobre el fondo de 4 de marzo de 2001- Caso Barrios Altos contra el Perú).

¹⁵ Nos referimos con esta expresión a las distintas modalidades delictivas contra la administración pública desde las que se efectúa la represión de la corrupción y no al concreto delito de corrupción en sentido estricto.

ende, se suscita señaladamente cuando grandes y preocupantes casos de corrupción resultan impunes, amparadas por la operancia de la prescripción. Con estos parámetros, se impone responder al siguiente interrogante: ¿es posible incorporar a los supuestos de corrupción (delitos contra la administración pública) en el catálogo de delitos imprescriptibles? Si bien estas conductas, desde una perspectiva material, «al socavar las instituciones y los valores de la democracia...y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley», como se afirma en el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, son de extrema gravedad, cabe pensar que la equiparación no es plenamente posible. En esta línea pueden apuntarse las palabras y dudas de Ferré Olivé, a propósito del principio de universalidad: «estas conductas en ningún caso son asimilables al genocidio o terrorismo...», la prudencia debe guiarnos a la hora de seleccionar los bienes jurídicos supranacionales, en cuya tutela existe un interés común a todos los Estados»¹⁶.

Con independencia de la extrema gravedad de estos delitos y del daño social que producen, hay una incógnita constitucional por despejar: precisamente, la de si las constituciones contienen incompatibilidades y prohibiciones de imprescriptibilidad. A estos efectos ha de tenerse presente la STC Español 157/1990, conforme a la cual «sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y faltas». Por su parte, la Sentencia del TC portugués n.º 483/2002, aparte de reconocer que la prescripción tiene protección constitucional, contiene la declaración de no incompatibilidad constitucional de la imprescriptibilidad de ciertos delitos graves. Sin negar el indiscutible valor de esta sentencia, debe tenerse en cuenta como formula el voto particular que a la hora de establecer criterios lo que está «prohibido constitucionalmente, según la tesis de la sentencia, es la imprescriptibilidad de los crímenes sin excepcional gravedad», por ello concluye que la interpretación realizada por la Sentencia dictada no satisface el canon de motivación reforzada exigible en toda decisión judicial acerca del efectivo apoyo constitucional para distinguir los casos, lo que conlleva la afirmación

¹⁶ Otro punto importante en que se pretende la equiparación, cfr. Juan Carlos Ferré Olivé, «Cooperación judicial internacional en materia de delitos financieros y corrupción: problemas de extradición» in *Cooperación Policial y Judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, p. 18.

de la autora del voto particular, Fernanda Palma, de que dicha resolución «cae en un cierto «impresionismo jurídico», generador de inseguridad e incerteza para el legislador, los tribunales y para los ciudadanos en particular».

Lo cierto es que, tras reconocer algunos textos constitucionales la obligación de criminalización de los delitos de responsabilidad de los titulares de cargos políticos, como lo hace la Constitución de la República Portuguesa en el art. 117.º, 3, no puede olvidarse que el *ius puniendi* viene condicionado por razones de interés general o de política criminal, de la mano del principio de intervención mínima. De esta suerte, parece que se ha optado o triunfado en nuestro entorno como valor constitucional por el principio de intervención mínima. En esta línea se enmarca la doctrina portuguesa, cuando Figueiredo Dias, sugiere que no hay crimen, por más repugnante que sea, merecedor de imprescriptibilidad¹⁷. En tal dirección, Faria Costa apunta con acierto «nada hay que justifique la imprescriptibilidad»¹⁸.

Es importante hacer hincapié en la lógica subyacente de los pedidos de imprescriptibilidad. No es difícil adivinar que, con ella, se busca conjurar la fugacidad del tiempo procesal. Más, como revelaron los filósofos, la concepción de la eternidad siempre se reveló problemática. Paradójicamente al alargar el evento que no queremos perder, lo perdemos, y en particular lo perdemos instante a instante, en la medida en que ellos hacen tránsito al pasado. Como bien señala Figueiredo Dias, «puede naturalmente persistir el sentimiento general de repugnancia y reprobación, como sucede todavía hoy, con los delitos de la Inquisición, nacional socialismo o estalinismo. Sólo que esa tal persistencia se convierte, a partir de cierto momento, en «memória histórica» incapaz de fundar preventivamente la necesidad de punición»¹⁹.

¹⁷ Jorge Figueiredo Dias, *Direito Penal Português, Parte Geral. II As consequências jurídicas do crime*, Coimbra Editora, 2005, reimpressão, p. 703 e 704.

¹⁸ José Faria Costa, « O Direito Penal e o Tempo. (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição) », in *Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 2003, p. 1158.

¹⁹ Jorge Figueiredo Dias, op. cit., p. 703 y 704.

Paralelamente se constata por Ramón Ragués i Vallès que hasta «para los delitos imprescriptibles existe un punto y final en el tiempo» lo que supone que la declaración de imprescriptibilidad sólo supone la prolongación de los plazos de prescripción hasta el fin de la vida de sus autores²⁰. Es esta evidencia, de la ficción que a fin de cuentas somos, del límite mortal que nos constituye que cancela la posibilidad de una eternidad procesal o imprescriptibilidad; dicho en otros términos, será imposible por la condena del Creador a ser presa de la muerte, pues «la primavera y la carne acaban también»²¹.

C) La aplicación de una u otra tesis (prescripción/imprescriptibilidad) en función del derecho (constitucional e infraconstitucional) estatal

En primer lugar, partimos de la regla general de los sistemas de aceptación más o menos generosa de la prescripción del procedimiento y de las penas. En consonancia con ello, la fórmula de la imprescriptibilidad, cuando consagrada, será excepcional. Más allá de este hecho, lo cierto es que las infracciones penales declaradas imprescriptibles por los distintos ordenamientos jurídicos son más o menos variables. Por las razones expuestas en otro lugar, la mayoría de los legisladores opta por establecer la imprescriptibilidad de delitos como el genocidio y los crímenes contra la humanidad, siguiendo como fuente de inspiración el derecho internacional convencional. En consonancia con ello, la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad es un tema reconocido por el derecho²².

Por lo que se refiere a otros delitos, en Alemania se extendió al homicidio (§ 78 II), en el derecho austríaco para todos los delitos castigados con pena de privación perpetua de libertad y privación de libertad de

²⁰ Cfr. Ragués i Vallès, op. cit., p. 93.

²¹ Palabras de Rubén Darío.

²² Concretamente en Alemania (§ 78 II StGB), teniendo en cuenta las concretas circunstancias que rodeaban el caso, la prescripción comenzaba a correr desde 1950, luego se prolongó hasta 1965 con el descuento efectuado y finalmente en 1979, la prescripción fue suprimida. Solución de imprescriptibilidad adoptada por inúmeros códigos (art. 131.4 y 133.2 CP Español; en Portugal el art. 7.º de la *Lei 31/2004 de crimes de violação do Directo internacional humanitário*; Art. 213-5 CP Francés, etc).

diez a veinte años (§ 57). La propia Constitución Federal de Brasil de 1988, ofrece un número amplio de delitos imprescriptibles, los referidos en los incisos XLII y XLIV del artículo 5º, de un lado, la práctica del racismo y, de otro, la acción de grupos armados, civiles o militares, contra el orden constitucional y el Estado democrático.

1. La imprescriptibilidad en el marco de la corrupción

Dentro de este rubro de ideas, y para superar el crónico mal de la corrupción, algunas constituciones han adoptado la premisa de la imprescriptibilidad. Iberoamérica constituye un buen ejemplo de esta dinámica.

1.1. Uno de los ejemplos más significativos es el referente al artículo 121.º de la Constitución de Ecuador. Afirma que la acción para perseguir (a los funcionarios y servidores públicos en general por los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito) y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, que, en estos casos, los juicios y los trámites se iniciarán y continuarán aún en ausencia de los acusados. Por la misma claridad de la fórmula no deja vacíos constitucionales de interpretación, y de forma tal que previene, además de los delitos objeto de imprescriptibilidad, que estas normas también serán aplicables a quienes participan en estos delitos, aunque no tengan la cualidad de funcionario.

1.2. Por su parte, la Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999 en el artículo 271.º abre un ancho camino a la imprescriptibilidad con el siguiente texto: «...No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes». Como bien se apunta en la sentencia de 3 de junio del Tribunal de Primera Instancia, en función de Control n.º 3 del Circuito Judicial Penal del Estado portuguesa con sede en Guanare, nunca debe perderse de vista que la declaración de imprescriptibilidad no conlleva la sujeción indefinida de un ciudadano a un proceso. Ésta es la posición explícitamente recogida en tal decisión y que nos tomamos la libertad de reproducir, por sus valiosas constataciones:

«si los delitos previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, ahora Ley contra la corrupción, son imprescriptibles, no puede imponérsele al Fiscal del Ministerio Público plazo para concluir su investigación- (art. 313.º Código Orgánico Procesal Penal)- no obstante debemos analizar que la imprescriptibilidad para estos delitos, obedeció al establecimiento del

principio que prohíbe el juzgamiento en ausencia, por cuanto la evasión del proceso hasta tanto se produjese la prescripción constituyó una práctica que conllevó a la impunidad, la cual debe ser erradicada del sistema de administración de justicia, pero no constituye esencia de la norma mantener a un ciudadano sujeto a un proceso con los costos personales y económicos que ello conlleva indefinidamente, cuanto pueda arribarse al acto conclusivo permanente, y en el presente caso se observa que el Fiscal del Ministerio Público, en ejercicio de su rol de buena fe y garante de la legalidad se comprometió a concluir la investigación en un tiempo perentorio, exhortándole esta Juzgadora a presentar el acto conclusivo que estime pertinente en un plazo prudencial y así garantizar al ciudadano..., el pleno ejercicio de sus derechos Constitucionales y Legales»²³.

Por otro lado, este modelo tiene un objeto constitucional preciso: la imprescriptibilidad de las acciones judiciales sancionadoras de los delitos contra el patrimonio público, de ahí que no se reconozca la imprescriptibilidad de las penas impuestas. En este sentido, la Sala Plena del Tribunal de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en la decisión de 12 de julio de 2000 declara la prescripción de la pena del ciudadano R. F. P. impuesta por un delito de malversación genérica agravada por haber transcurrido un tiempo igual al de la pena que haya de cumplirse, más la mitad del mismo. Especialmente relevante resulta la fundamentación *ad cautelam* que la decisión hace sobre la disposición constitucional:

«Aparte de que la disposición aludida se refiere a la prescripción de la acción penal y no a la prescripción de la pena, ha de observarse que para la oportunidad en la cual entró en vigencia la constitución, en diciembre de 1999, ya la pena en cuestión había prescrito: en el mes de noviembre de dicho año. Por estas razones no pudiera aplicarse dicha disposición constitucional en el presente asunto»²⁴.

En efecto, la Constitución es escrupulosa a la hora de prever únicamente la imprescriptibilidad de las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra el patrimonio público, produciéndose una falta de adecuación de la ley ordinaria para lograr los objetivos que pretende el sistema

²³ <http://portuguesa.tsj.gov.ve/decisiones/2005/junio/1119-3-3CS-068-02-3494-05.html>

²⁴ <http://analitica.com/bitBiblioteca/csj/figueiredo.asp>

y, en suma, una profunda desconexión y desproporción en relación con la disposición normativa (art. 112.º CP) que fija únicamente que «*se interrumpirá esta prescripción, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, en el caso de que el reo se presente o sea habido*»²⁵ no ofreciendo una regla similar para la suspensión de la prescripción. La situación es diferente en los sistemas, que a pesar de seguir el criterio de la prescriptibilidad, se introduce concretamente como motivo de suspensión y/o interrupción la circunstancia de que el condenado se haya sustraído al órgano judicial²⁶.

1.3. En Bolivia, siguiendo esta tendencia, se insiste en la imprescriptibilidad de los delitos contra la economía del Estado y en que la declaratoria de rebeldía del imputado en este tipo de delitos no suspenda la acción penal en su contra, previa designación del respectivo defensor oficioso ni se proceda a la suspensión condicional establecida en el artículo 24.º Código Penal.²⁷ Por otro lado, justo es reconocer y no perder de vista que ya el art. 102.º CP de Bolivia consagra la imprescriptibilidad:

*«...Los delitos cometidos contra la economía del Estado y sus Instituciones en general, así como las penas y la potestad de ejercer la acción penal o cualquier otra para recuperar los recursos del Estado y de sus Instituciones, son imprescriptibles pudiendo el Ministerio Público y los organismos del Estado, perseguir y ejecutar dichos delitos cometidos contra el patrimonio estatal, en cualquier tiempo»*²⁸.

1.4. Para terminar este breve recorrido por los sistemas donde es relevante la imprescriptibilidad de la «corrupción», cabe apuntar, la importancia de los ejemplos mencionados, en sí, dado el propósito e interés por

²⁵ Siendo indistinto para los delitos contra la economía del Estado, donde opera la imprescriptibilidad, pero fundamental para el resto de los delitos contra la administración pública.

²⁶ Por ejemplo, el Código Penal Portugués fija como causa de interrupción de la prestación de la pena (art. 126, 1,b) «*a declaração de contumácia*», dando inicio a un nuevo plazo de prescripción, y al mismo tiempo garantiza como causa de suspensión (art. 125, 1,b) la circunstancia de «*vigorar a declaração de contumácia*» como forma de evitar durante ese tiempo la posible prescripción de la pena. De igual modo, constituye causa de suspensión e interrupción del procedimiento penal (art. 120, 1,c e art. 121, 1 c, del Código Penal portugués).

²⁷ <http://www.la-razon.com/> ; <http://www.bolpress.com/>, 27 abril 2006.

²⁸ C. P. Bolivia, 1º edic La Paz, Bolivia. Ediciones Cabeza de Cura, 1999.

parte de otros sistemas de intentar tomar el ejemplo de estas constituciones en los procesos de reforma propuestos, que recogen como prioridad, en el combate a la corrupción, la imprescriptibilidad de la misma²⁹.

La idea de imprescriptibilidad, significa que cualquier día, a cualquier hora y en cualquier circunstancia se puede dar inicio al procedimiento criminal. Lo cual hablando de Derecho Penal es mucho decir. Esta es una manera de «discriminar», de seleccionar este ámbito delictivo del instituto de la prescripción, declarándolo imprescriptible, excluyéndolo para garantizar una zona de seguridad o de orden establecido, que se erige sobre las ruinas sacrificiales de otros principios (fundamentalmente, del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, siguiendo la terminología de los instrumentos internacionales de derechos humanos³⁰).

Estas posiciones que pretenden seducir a la sociedad, como el canto diario de unas sirenas prometiendo no impunidad y garantizar un periodo de tiempo suficiente para la realización de la justicia a tiempo, optan, a nuestro juicio, por una senda totalmente errada y regresiva, a pesar que la corrupción alcance picos insospechados, que desconoce la importante labor que pueden desarrollar las instituciones de suspensión e interrupción de la suspensión para la prolongación de los plazos de prescripción, desde que debidamente calibrados, para la salvaguarda de la supremacía del principio de necesidad y el fortalecimiento del derecho de todo imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

²⁹ En esta línea está, por ejemplo, en Perú lo planteado por la congresista de la República Anel Townsend en la campaña de reforma constitucional para que los delitos de corrupción no prescriban, <http://anticorrupcion.blogia.com/temas/politica.php>, 27 junio 2006. Pensamiento que ya fué explicitado en el Proyecto n. 1445, del Congresista Elferes Vidarte Correa de reforma de los arts 80-89 del CP, de 7 de junio de 1996, eliminando la prescripción y las medidas de gracia en los delitos contra el patrimonio del Estado, <http://www2.congreso.gob.pe/CCD/proyectos/pr9606/00144595.htm>. Asimismo, Ronald Gamarra Herrera, en nombre del Instituto de Defensa Legal, en petición escrita dirigido a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, <http://www.justiciaviva.org.pe/>

³⁰ Art. 6.º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y el equivalente en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.1).

En general, para un punto de vista liberal resulta inaceptable un proyecto de imprescriptibilidad, que podemos apellidar de canto de las Erínias³¹. Bajo tales coordenadas se persigue la venganza como forma de mantener la esperanza. En efecto, en este contexto se plantea la reivindicación de la imprescriptibilidad en algunos países, que se ven dominados por el «deseo mimético» tal como D. Quijote se precipita hacia los objetos que le designa o parece designarle, el modelo de toda caballería. Esperamos que la vuelta al garantismo, se produzca a tiempo y no precisamente a la hora de la muerte como en D. Quijote.

2. Respuestas de otro signo: aumento de los plazos de prescripción

Una forma distinta de las señaladas para avanzar hacia una mejor protección de los recursos públicos, sin producir alteraciones graves en el sistema de prescriptibilidad pero en una línea correctora del sistema, que han consagrado algunos de los Estados democráticos, quizá pudiera darse al momento de definir la conformación de los plazos de prescripción. Existen en efecto toda una serie de propuestas para el alargamiento de los plazos de prescripción en las reformas penales que atraen la capacidad de atención y pueden dar luz a derecho.

De este modo, en el marco jurídico se marca una corriente floreciente, empiezan a construirse o ampliarse sistemas de prescripción *específicos*, paralelos al ordinario, bajo condiciones de excepción, con características singulares, a fin de atender la demanda de las características especiales de determinadas conductas delictivas, donde se advierte que el cómputo de los plazos para el funcionamiento de la prescripción penal no pueden ser los generales. Esta particularidad, se ha hecho presente en la configuración de las cuestiones esenciales en la determinación del sistema de cómputo de la prescripción: *plazo* de duración, momento del *dies a quo* y *causas de suspensión/interrupción*.

En vez de hacer un repaso de cada uno de los ordenamientos, se ha preferido ubicar algunos problemas de carácter general que se han producido y hacer las menciones normativas que correspondan en cada caso. Como es obvio, la problemática varía mucho de un país a otro, si bien los

³¹ O mejor Euménides, por si acaso se despierta su furia...

problemas que se mencionan a continuación se presentan precisamente en todos, las respuestas que se han generado desde cada experiencia jurídica concreta son muy variables.

En algún caso, como en los delitos contra la autodeterminación sexual de los menores, dicha prórroga del plazo de prescripción se convierte en un deber, que el legislador no puede desconocer, y que lleva implícita la función de permitir salir a la víctima de las barreras de silencio construidas a su alrededor por su inmadurez o su victimario. Lo cual debe conllevar un mayor grado de especialización jurídica del cómputo. Esta tendencia no es privativa de un u otro país, sino generalizada o generalizable en las diversas regiones del mundo³². A partir de aquí se abre una nueva senda signada por visos de mayor activismo judicial de las víctimas en este ámbito.

De otra parte, en la búsqueda de alternativas para atender el problema creciente de la dificultad probatoria en los delitos contra la administración pública en general, y más específicamente en el delito de corrupción (en sentido estricto), considerando su complejidad y la existencia de pactos de silencio, resulta especialmente significativo que se haya producido la opción por operar reformas que difieran en el tiempo los efectos de la prescripción. Esta posibilidad se ha hecho presente en los diversos instrumentos internacionales contra la corrupción, ejerciendo adecuadamente la función que les son propias, es decir, estableciendo una clara pauta o señal que permite ensanchar los márgenes de la prescripción. Así se pronuncia el art. 6.º del Convenio de la OCDE al determinar que

«en las normas sobre prescripción de los delitos de corrupción de agentes públicos extranjeros se establecerá un plazo suficiente para permitir la investigación y persecución de este delito».

³² Lo que en este punto es preocupante es que no exista una pauta uniforme de criterios en la materia sobre el inicio del término y el listado de los delitos incluidos. Véase, por ejemplo, el art. 132.º, 1 CP español, el parágrafo 78 b.1 CP alemán al disponer que la prescripción se suspenderá hasta el cumplimiento del décimo octavo año de vida, y la propuesta portuguesa de reforma del CP (art. 116.º, n.º 4 CP), limitada a los delitos contra la libertad y autodeterminación sexual y el establecimiento de una zona de seguridad o de suspensión de la prescripción (no se extingue, por efecto de la prescripción, antes del ofendido cumplir 23 años) en <http://www.mj.gov.pt/sections/justica>. Apuntando consideraciones críticas respecto del alcance del precepto español, véase Ramon Ragués i Vallès, op. cit., p. 152 y 153.

La inclusión de esta idea se encuentra suficientemente explicitada en el Convenio de Naciones Unidas (de Mérida), planteando no obstante también cautela en el caso de rebeldía, al establecer en su artículo 29.º que

«cada Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia».

En esta línea tenemos que, con el propósito de continuar fortaleciendo el *ius puniendi* del estado se ha dado importancia jurídica al aumento de plazos en función de estos delitos, a través del reconocimiento constitucional. Las dificultades, sin embargo, surgen en el momento de delimitar su extensión y lograr una cierta armonía entre los sistemas. En este sentido, la Constitución del Perú, en el artículo 41.º asiente y registra que *«el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado»*. Asimismo, el artículo 155.º de la Constitución de Guatemala también lo hace al deteminar que *«la responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble de tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena»*, mientras que en la Constitución de México surge la exigencia de expresar un mínimo de tiempo de prescripción en el supuesto de responsabilidad por *delitos cometidos durante el tiempo del encargo por cualquier servidor público, una vez que los plazos de prescripción consignados en la ley penal, nunca serán inferiores a tres años* (art. 114).

Una pregunta latente en todo esto, es la de si este aumento de facultades de persecución, significará de cara al futuro un refuerzo de los casos de imprescriptibilidad, ya que el fenómeno recuerda a un ciclo predeterminado o de *dejá vu*³³.

3. La determinación de un plazo razonable de prescripción

Medidas como las que acabamos de relacionar son necesarias y, desde luego, algunos frutos pueden producir. Sin embargo, se hace preciso intensificar y mejorar aquellas medidas a través de la determinación de un plazo

³³ Como en la conocida primera prorrogación del plazo de prescripción del crimen de genocidio del sistema alemán.

razonable de prescripción, por lo que se hace preciso adecuar la longitud de los mismos, así como combinarlas con otras medidas complementarias. Al respecto, de fijar los plazos de prescripción, se suele atender a dos posibilidades, según la naturaleza del delito o según la pena impuesta. Como regla, la solución más garantista, y más democrática, por su carácter igualitario, consiste en que los plazos se adecúen a las escalas penales previstas. La mayoría de los sistemas posee la determinación de los plazos conforme a las escalas penales, independientemente del bien jurídico afectado. La única peculiaridad de este sistema estriba en que el plazo de la prescripción depende de un criterio cuantitativo, la gravedad de la pena, bien sea por referencia estricta a la señalada en cada delito o bien a un bloque de gravedad (de penas de diferente gravedad)³⁴.

3.1. Tomando en consideración la naturaleza de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado, calculando los plazos en función del bien jurídico protegido para dirimir la prescripción es representativo el caso peruano, donde siendo la regla la de los máximos de las escalas penales en abstracto, se atiende excepcionalmente a la naturaleza de estos delitos para duplicar el plazo (art. 80.º CP Perú). Por otro lado, y en relación a este sistema, es significativo reseñar que si con el art. 80.º se consigue un importante avance, persiste a través del art. 81.º la reducción de los plazos de prescripción a la mitad cuando el agente tenga menos de 21 o más de 65 años al tiempo de la comisión del delito³⁵. En Portugal, una propuesta de reforma del art. 118.º CP aumenta para 15 años el plazo de prescripción en el caso puntual de algunos delitos practicados por funcionarios o titulares de cargos políticos, como el delito de corrupción, peculado y abuso de poder..., y asimismo los casos de blanqueamiento de capitales y fraude en la obtención de subsidios³⁶, inten-

³⁴ Criticando la técnica de prescripción por bloques y proponiendo que los delitos prescriban por la pena que corresponde a cada delito en concreto, Carlos Rey González, op. cit., pp. 84 y 85.

³⁵ En línea, el art. 115.º CP Brasil reduce también los plazos a la mitad cuando el agente sea al tiempo del delito menor 21 años o, en la fecha de la sentencia, mayor de 70 años.

³⁶ Inicialmente el proyecto de ley n.º 306/X, posteriormente substituido por el proyecto 341/X/2 (Partido Socialista) en D.A.R. II Série A, 25.1. 2007, discusión D.A.R. I Série N.º 52/X/2, 23.2.07; <http://www.parlamento.pt/atividadeparlamentar/index.html>

tando legitimar e introducir, por tanto, un criterio cualitativo para favorecer el descubrimiento y persecución de la corrupción que, frecuentemente, se detecta tras un tiempo bastante prolongado.

3.2. La mayoría de los sistemas, por su parte, sigue el sistema general, de la gravedad del hecho. En correspondencia con la duración de la pena fijada por ley se estipula el plazo de prescripción³⁷. Desde esta perspectiva, no faltan sistemas que introducen algunas correcciones. Basta destacar el art. 205.º del C.P de México, cuyo plazo de prescripción es igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que trate, o el art. 62.º del CP argentino que señala la individualización de acuerdo con la pena delito estableciendo al tiempo condicionamientos máximos y mínimos. En todo caso es importante poner de manifiesto la naturaleza de la pena a la que hay que entroncar los plazos de prescripción. Algunos códigos contienen, en el caso de penas compuestas o alternativas, una referencia expresa a la pena mayor, cualquiera que ésta sea o bien impone siempre atender a la pena privativa de libertad como determinante del plazo³⁸. El problema es planteable en relación con los delitos cometidos por funcionarios y las penas privativas de derechos, resultando un aumento de los plazos de prescripción si la pena de inhabilitación es superior a la privativa de libertad³⁹. Además, en dichas penas cuando son facultativas, el plazo de prescripción podrá o no variar según o no los tribunales hagan uso de esta facultad. Por eso, para evitar esta posibilidad de ser utilizada indebidamente para impedir la prescripción, convendría determinar que los plazos de prescripción no deben atender a las penas facultativas para fijar los mismos.

3.3 Otro problema de igual importancia y que constituye un clásico, es si debe atenderse al criterio de la pena en abstracto o a la pena específica y determinada que corresponda. Sin embargo, como consecuencia del carácter equívoco de algunas disposiciones normativas, ha provocado que tanto la doctrina como la jurisprudencia cuestionen el sentido de tales

³⁷ Ahora bien, los plazos de prescripción de las penas, generalmente son mayores.

³⁸ Como ejemplo de la primera solución el art. 113.º CP español, y de la segunda, el art. 157.º CP italiano y art. 118.º, 3. CP portugués.

³⁹ Así, Francisco Pastor Alcoy, op. cit., 45.

expresiones por la consiguiente falta de seguridad jurídica⁴⁰. Desde una perspectiva nada ambigua, al legislador portugués opta por el criterio de la pena en abstracto, tal vez menos justo, pero más seguro⁴¹. No queda así excluida, la posibilidad de atender a estos efectos al eventual tipo específico, agravado o privilegiado en cuestión⁴².

3.4 En cualquier caso, sea uno u otro el criterio que merezca la valoración favorable del legislador, para el sector delictivo, como el que nos ocupa, de gran complejidad, y genéricamente lesivo de bienes jurídicos colectivos y perpetrados desde la función pública o poder político, debe procurarse en el aspecto normativo, una correcta adecuación de las escalas penales, de acuerdo con los bienes jurídicos lesados y la gravedad de la ilicitud.

4. Inicio del cómputo de de la prescripción

Un indicador clave para calcular el momento de prescripción de los hechos delictivos lo constituye la determinación del momento en que empieza a correr la prescripción. A tal efecto, debe afirmarse que el día de la comisión del delito representa la opción más ventajosa para avanzar hacia la prescripción, al permitir que el plazo empiece a correr desde ese mismo día. Resta precisar que, dadas las diversas interpretaciones posibles, el momento exacto viene en algunos sistemas como el argentino expresamente fijado por el legislador, que lo sitúa en la medianoche del día en que se cometió el delito (art. 63.º CP).

4.1. En este orden de cosas, hay que tener presente que caben dos opciones para fijar la fecha en cuestión, la del momento de la acción delictiva o la del momento de la consumación. Debe notarse que el momento de la consumación se traduce en una postposición del inicio del cómputo de la prescripción. El art. 119.º, 1 del CP portugués concede

⁴⁰ A propósito de la expresión «pena señalada» que utiliza el art. 131.º CP español. Véase, Antonio Gili Pascual, op. cit., p. 113 y ss.

⁴¹ Art. 118.º, 2 CP: «*Para efeito do disposto no número anterior, na determinação do máximo da pena aplicável a cada crime são tomados em conta os elementos que pertencam ao tipo de crime, mas não as circunstâncias agravantes ou atenuantes*».

⁴² En este sentido, Maia Gonçalves, *Código Penal Anotado*, 9ª edic., Almedina, Coimbra, p. 494 y 495.

primacía a este momento, respecto al de la práctica delictiva, su literalidad no deja dudas: «*o prazo de prescrição do procedimento criminal corre desde o dia em que o facto se tiver consumado*». También se hace referencia a la terminación o agotamiento del delito para postergar el inicio de los plazos de prescripción⁴³. Dadas las características típicas que suelen estar asociadas a los delitos contra la administración pública este tipo de resolución legal hace más difícil alcanzar la prescripción cuando se verifica un efectivo aprovechamiento económico.

4.2. El legislador deberá tener especialmente cuidado en establecer las mayores precisiones posibles en la determinación del régimen de la prescripción en casos específicos y problemáticos para evitar la inseguridad jurídica y las contradictorias interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. Es indudable que el plazo de prescripción en las infracciones continuadas, medido en forma individual conllevará a la prescripción de muchas infracciones constitutivas de delitos de enriquecimiento ilícito, peculado, etc, por ello resulta imperativo salvaguardar la prescripción conjunta de los mismos, atendiendo a la unidad jurídica de la infracción continuada y a la más elemental lógica de la figura para que la prescripción no opere por la existencia de un largo trascurso del tiempo entre las primeras infracciones y las posteriores⁴⁴. No puede ignorarse que a pesar de la solución legal acogida, pueden plantearse problemas en la determinación del *dies a quo*, cuando por ejemplo se desconozca la fecha de apropiación de los bienes en un caso de peculado o malversación. En esta situación, se deberá atender a un criterio seguro, la fecha de requerimiento de entrega de los mismos. Mantener otra solución sería permitir la aplicación de plazos inciertos⁴⁵. De igual modo, para valorar adecuadamente la existencia de un delito

⁴³ Art. 119.º, 4 CP portugués: «*quando for relevante a verificação do resultado no compreendido no tipo de crime, o prazo de prescrição só corre a partir do dia em que aquele resultado se verificar*». Ténganse en cuenta que la expresión «relevante» puede admitir diversas comprensiones, por lo que necesita una solución más precisa y clarificadora de la opción del agotamiento del delito.

⁴⁴ En este sentido, un gran número de ordenamientos, consagran la solución del día de la práctica de la última infracción (art. 119.º, 2, b CP portugués; 132.º, 1 CP español; art. 82.º CP Perú, etc).

⁴⁵ Carlos Rey González se muestra favorable a una interpretación a favor del reo, siguiendo la jurisprudencia reciente española, op. cit., pp. 128 y 129.

continuado será necesario la valoración y apreciación de las pruebas durante el juicio oral.

4.3. Frente a la solución apuntada del día de la comisión del delito, existe la opción de dilatar o retrasar el inicio del cómputo de la prescripción en estos delitos hasta un momento muy posterior, el momento del descubrimiento del delito. ¿Será admisible apelar al momento en que las prácticas de corrupción adquieren trascendencia pública o las autoridades llegan a tener conocimiento de las mismas o se empieza a proceder judicialmente para su averiguación y castigo? Respecto de esta alternativa hay que indicar lo siguiente: sin perjuicio de que la idea resulta especialmente interesante e ingeniosa al permitir ampliar enormemente el ámbito de la prescripción y resolver de forma satisfactoria muchos casos puntuales en que por la existencia de pactos de silencio e inexistencia de cualquier signo exterior que los revele en este sector de delincuencia, los hechos permanecen ocultos durante mucho tiempo, a mi entender resulta osada y difícil de admitir al acoger una solución que en la práctica convierte a estos delitos en imprescriptibles⁴⁶. Los delitos no prescriben, mientras no sean conocidos por más tiempo que transcurra y aún cuando con el tiempo hayan perdido prácticamente la dañosidad social.

5. Suspensión e interrupción del cómputo de prescripción

Tras lo expuesto, no es de extrañar que algunos sistemas hayan aprovechado las múltiples posibilidades que ofrecen las técnicas de suspensión e interrupción de la prescripción para obviar las dificultades e inercia encontradas en la investigación de innumerables casos. Desde luego llama la atención que estos dos instrumentos jurídicos «salvadores» de la prescripción, con los que se pretende introducir una medida correctora del sistema prescriptivo, para garantizar un periodo de tiempo suficiente para la realización de la justicia sean despreciados. Por eso, se observa alguna falta de coherencia al excluir tales medidas, que traerían beneficios para lograr los altos fines de eficiencia que se invocan e inspiran la normatividad

⁴⁶ Criterio que fue establecido con carácter general en el Código de Brumario y el CP español de 1870. Algunos autores, entre ellos Ramon Ragués i Vallès, la señalan como una regla *ad hoc* a tener en cuenta cuando se detecta un número excesivamente elevado de impunidades, a pesar de no ofrecer en general muchas ventajas, op. cit., p. 149.

de la lucha contra la corrupción, y transitar directamente hacia la medida radical de la imprescriptibilidad. De este modo, gracias a la interrupción de la prescripción, se verifica un alargamiento de los plazos de prescripción sin necesidad de proceder al aumento legislativo de los mismos. O dicho de otro modo, se elude la muerte definitiva del proceso a través de los supuestos previstos de interrupción a partir de los cuales empieza a correr un nuevo plazo de prescripción. Claro que para evitar múltiples reencarnaciones del tiempo legal que conducen a una desmesurada ampliación de los mismos, puede observarse en el Derecho comparado la preocupación de mantener el equilibrio de los sistemas al consagrar la existencia de limitaciones en relación con el tiempo máximo prorrogado. Con el mismo fundamento práctico, la técnica de la suspensión (o de la existencia de períodos en los que el plazo de prescripción deja de avanzar) permite evitar la extinción de la responsabilidad criminal.

5.1. De la lectura de la distinta normativa legal sobre este aspecto, puede observarse que existe un sistema variado de causas interruptivas e suspensivas. Por eso, se presenta un panorama de este fenómeno para mejor atajar las dificultades sufridas en esta área delictiva. En este contexto se mueven las reflexiones que se siguen.

La decidida apuesta por evitar la prescripción a través del instituto de la suspensión es el camino emprendido por el art. 48.º, 2 del Código de Proceso Penal de la República Dominicana *«en las infracciones cometidas por funcionarios públicos en el ejercicio del cargo o en ocasión de él, mientras sigan desempeñando la función pública y no se les haya iniciado el proceso»*. De igual modo, el régimen previsto por el artículo 67.º CP argentino donde *«la prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público»* parece especialmente útil para encarar los problemas que se suscitan en este ámbito delictivo, pues también cualquier relación de codelincuencia puede servir a ese fin, rompiendo la prescripción con alcance multilateral⁴⁷.

⁴⁷ En este sentido, también el Código Procesal Penal de la República de El Salvador, art. 37.º, 2 determinando que el término de la prescripción se suspenderá: *«en los casos de delitos cometidos por funcionarios con abuso de función, mientras cualquiera de quienes hayan participado siga desempeñando la función pública»*.

5.2. A nadie se le escapa que las fórmulas referidas permiten una considerable fuente de ampliación de los plazos de prescripción, dignas por tanto de interés y mención. Debe subrayarse, en cualquier caso, que en cuanto al trascendente tema de la suspensión/interrupción de la prescripción, los diversos ordenamientos han realizado otras decisivas y positivas innovaciones.

5.2.1. En el elenco de algunas previsiones legales, se puede observar que las causas previas, son, causas de suspensión del cómputo prescripcional, por coherencia constitucional en lo que atañe a los trámites fundados en privilegios constitucionales de defensa de la Constitución. Esta cuestión tiene gran relevancia práctica pues si los autores del delito son titulares de cargos políticos, será la comunidad que actuará por medio de sus representantes la titular de una decisión previa de enjuiciamiento de sus gobernantes. Este reconocimiento supone, entre otras cuestiones, que no corre durante la tramitación de la misma el plazo establecido de prescripción⁴⁸. Como ejemplo, se puede mencionar el CP portugués, que suspende el cómputo de la prescripción cuando la acción penal no pueda ser promovida o iniciada por falta de autorización legal o decisión no penal (art. 120.º, 1, a) CP⁴⁹. De no hacerlo, la democracia podría aparecer bajo un cariz diferente y desacreditada políticamente, pues podría ser utilizado el procedimiento para la concesión de autorización parlamentaria para provocar con ello la prescripción de la acción penal⁵⁰. Notése que se trata de cuestiones previas que deben ser decididas antes del proceso penal y pueden operar impidiendo la iniciación del mismo y no de cuestiones prejudiciales que únicamente obstan al pronunciamiento de la sentencia penal. Al efecto de superar este obstáculo cuando es necesario realizar un trámite parlamentario para levantar el fuero correspondiente y acusar a un alto dignata-

⁴⁸ No obstante, es importante resaltar que dada la naturaleza personalísima de las inmunidades, la suspensión y/o interrupción no se puede extender al resto de los intervinientes del delito.

⁴⁹ Bajo esta lógica, por ejemplo el art. 67.º de CP argentino; art. 37.º, 1 del Código Procesal Penal de la República de El Salvador.

⁵⁰ En relación con el Presidente de la República, mediante propuesta de un 1/5 y deliberación aprobada por mayoría de 2/3 de los diputados en ejercicio de funciones (art. 130.º, n.º 2 Constitución República Portuguesa, art. 33.º, n. 2 de la ley 34/87, de crímenes de responsabilidad de los titulares de cargos políticos).

rio, todo el tiempo que demore la actividad parlamentaria no se cuenta a los efectos del cómputo de plazo. Por eso, la determinación de una causa de suspensión de la prescripción de esta naturaleza merece una calificación positiva. Sin embargo, esta causa de suspensión, tal como está diseñada en el caso portugués y en otros sistemas puede ser objeto de crítica por no determinar una adscripción temporal ante una eventual inercia del órgano decisor⁵¹. Es importante destacar que las tensiones se pueden generar cuando el órgano correspondiente (judicial o no) y dolosa o negligentemente dispone una suspensión *sine die* del tratamiento de la causa donde se puede pasar de un sistema de prescripción abstracta a una situación hipotética de imprescriptibilidad fáctica o concreta, de muy dudosa constitucionalidad por alargar indebidamente el derecho a un plazo razonable de duración del proceso⁵². En la decisión del Tribunal Constitucional portugués (de 20-11-2002), n.º 483/2002⁵³ aflora la discusión sobre la eventualidad de prolongación *ad infinitum* de los plazos de prescripción, si bien estaba en cuestión otro aspecto (la determinación del *dies a quo* del inicio del plazo de prescripción) y otros hechos delictivos (un presunto delito de peligro concreto y agravado por el resultado)⁵⁴. Se entendió, y bien, que el inicio del cómputo prescricional a partir del último resultado agravado ocurrido podría dar lugar a «*verdadeiras situações de imprescriptibilidade, ou, na sua relevância jurídico-constitucional, muito próximas delas*» y, por tanto, declara inconstitucional, por ofensa de los principios de la paz jurídica, de certeza, de seguridad, de intervención mínima y de la proporcionalidad (arts. 2.º, 18.º, n.º2, 29.º y 32.º de la Constitución de la República Portuguesa) la referida interpretación y posibilidad.

Una forma distinta de la señalada para eludir las dificultades que surgen cuando los inculpados son los representantes del sistema democrático, e impedir la prescripción, la ofrece el artículo 114.º de la Constitución

⁵¹ En otro supuesto, en cambio la ley portuguesa, el art. 120.º n.º 2 CP, determina un límite temporal: «*no caso previsto na alínea b) do número anterior a suspensão não pode ultrapassar 3 anos*».

⁵² Art.6.º CEDH y art. 8.º Convención Americana.

⁵³ <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020483.html>

⁵⁴ El delito de propagación de enfermedad contagiosa (art. 283.º y 285.º CP portugués).

de México⁵⁵. Se trata de interrumpir los plazos de prescripción en tanto el servidor público desempeñe alguno de los encargos a que hace referencia el artículo 111.º de la misma Constitución⁵⁶. Correlativamente, se establece en el mismo precepto la necesidad de mayoría absoluta de los miembros de la Cámara de Diputados, presentes en sesión para proceder contra estos inculcados. Por su parte, el CP para el Distrito Federal asegura en el artículo 113.º que las gestiones que con ese fin se practiquen interrumpirán también la prescripción. Aunando, pues, estas dos circunstancias, el modelo que diseña la Constitución de México sirve para reforzar y perpetuar de forma considerable los plazos de prescripción. También el Código Penal de Nicaragua, art. 116.º proporciona el inicio del cómputo a partir del cese de funciones, sin perjuicio de las facultades que le corresponden a la Asamblea Nacional en materia de inmunidad⁵⁷.

Son varios los ordenamientos que reconocen la resolución de cuestiones previas y prejudiciales como motivo de suspensión de la prescripción. Uno de ellos es el Código Penal de Venezuela, que procede en el artículo 109.º a reconocer esta causa de suspensión, de indudable utilidad (pues recordemos que la declaración de imprescriptibilidad funciona únicamente para los delitos contra el patrimonio público y no para todas las formas de corrupción). En Perú, concretamente en el art. 84º del CP se utiliza una formulación genérica al disponer la suspensión de la prescripción cuando *«el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento»*.

5.2.2. Asimismo, lo que no parece ofrecer muchas dudas es el problema que representa una minimización de las causas de suspensión, ante el peligro que supone que un inculcado prófugo de la justicia se sitúe fuera

⁵⁵ Ya vimos que, en Argentina existe como causa de suspensión para todos los intervinientes en delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, el desempeño por cualquiera de ellos de un cargo público (art. 67.º CP).

⁵⁶ Así, los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la suprema corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los representantes a la Asamblea del Distrito Federal, el titular del órgano de gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

⁵⁷ Art. 116.º CP, ley n.º 419 de reforma y adición al código penal de la República de Nicaragua.

del ámbito de la misma. Imaginemos el caso concreto de un inculpado que ha huido al extranjero, pasando allí un largo tiempo, y que sólo, después de un largo proceso de extradición, se procede a su entrega a las autoridades nacionales. Esta situación nos sirve para poner de manifiesto algunas de las dificultades prácticas con las que se enfrenta la delimitación del alcance de cada sistema jurídico. Supongamos que cuando se formaliza el trámite de extradición, que en consecuencia del art. 84.º CP peruano permite suspender la prescripción, se produjo ya la prescripción por el tiempo ganado por el procesado por su ausencia. ¿Qué sucede si el sistema –como es frecuente– no prevé la situación de contumacia entre las causas de suspensión de la prescripción? Inevitablemente la prescripción. Precisamente para atajar esta situación se dictó en Perú la Ley 26.641, «Ley de la Contumacia»⁵⁸ que estableció que el término de la prescripción de la acción penal se interrumpe cuando el juez declara al reo en contumacia⁵⁹ a la vez que se establecía su aplicación a los procesos entonces en curso. Es interesante la polémica surgida sobre la retroactividad de una ley de carácter desfavorable porque la i/legitimidad de la misma se intenta sostener con base en el fundamento material o procesal de la prescripción. Al margen de la cuestión referida, la propia literalidad de la ley 26.641 se muestra vacilante y confusa, pues llega a establecer la sinonimia de ambos conceptos (interrupción y suspensión).

El problema de la prescripción resulta evidente en el caso de rebeldía, muchos de los funcionarios han quedado libres de sanción, gracias a utilizar de acuerdo con sus conveniencias la referida situación, que generalmente se hace ocultándose por un tiempo para después de transcurrido el mismo aparecer ante la sociedad. Basta, para situarnos en este fenómeno, el reciente largometraje «La prueba» de Judith Vélez, donde su protagonista parte hacia Sibayo en busca de su padre que permanece oculto esperando la prescripción.

⁵⁸ Aprobada por el Congreso de Perú el 18 de junio de 1996 y publicada en 26 de junio 1996.

⁵⁹ Art. 1.º «Interprétase por la vía auténtica que, tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptivos, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehuye el proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. El juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción». También estableció en el art. 3.º la aplicabilidad de los procesos en curso.

Observe también que, por parte de alguno de los sistemas que declara la imprescriptibilidad de ciertos delitos contra la administración pública, no se recurre a esta posibilidad de suspensión, entendiéndose todavía que los juicios se iniciarán y continuarán aunque el o los acusados no se encuentren presentes (art. 121.º Constitución de Ecuador).

En otros sistemas, como el argentino, es de extrañar la evasiva, no obstante hacer constar de forma cautelosa como causa de suspensión de la prescripción el ejercicio de funciones (por uno de los implicados en delitos cometidos por funcionarios públicos), no configura de forma complementaria como causa de suspensión y/o interrupción la declaración de rebeldía o contumacia del imputado pudiendo originar situaciones de impunidad cuando ya no se está en ejercicio de funciones. Esto supone que se debe dejar a salvo el derecho de punir en estas situaciones, es decir, se debe obstaculizar la posibilidad de que este factor determine la prescripción. En algunos de los ordenamientos esa aspiración ha sido satisfecha, con mayor o menor amplitud. El CP portugués se encarga de recordar las terribles consecuencias a que podría conducir la rebeldía del inculpado, interrumpiendo y suspendiendo la prescripción del procedimiento criminal y de la pena⁶⁰. En otros, como por ejemplo, art. 110.º CP Venezuela, art. 104.º CP Paraguay, art. 38.º, 1 Código Procesal Penal de la República de El Salvador, art. 47.º CPP de la República Dominicana, se recurre a la declaración de rebeldía o la requisitoria de llamamiento y busca como fórmula de interrupción.

Frente a estos criterios de interrupción y/o suspensión, en otras disposiciones normativas la cuestión de la rebeldía se resuelve de distinta forma, limitándose a aumentar el plazo de prescripción⁶¹ o determinar que el cómputo del mismo ocurra de forma más lenta⁶².

⁶⁰ Arts. 120.º, 1,c) y 121.º,1, c (prescripción del procedimiento), y art. 125.º,1,b y 126.º,1,b (prescripción de las penas) del CP Portugués.

⁶¹ Es la opción del CP México al duplicar el tiempo cuando se está fuera del territorio nacional (art. 200.º CP).

⁶² El art. 100.º CP Chile impone en caso de ausencia del inculpado, que se cuente 1 día por cada 2 foras.

En suma, constituye un importante obstáculo que los diversos ordenamientos han tenido que enfrentar con mayor o peor fortuna. Y no puede decirse que el silencio legal del ordenamiento español y dificultades de interpretación por su imprecisión (con resultados bastante dispares) constituya un modelo que haya hecho fortuna⁶³. Por eso, el Convenio de las Naciones Unidas acierta, en suma, en el diagnóstico de la cuestión al clarificar y zanjar la cuestión, asignando expresamente en el artículo 29.º que «se establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia».

5.2.3. Más allá de estas hipótesis concretas de suspensión o interrupción se contemplan en los distintos ordenamientos distintos actos procesales a los que se les concede eficacia interruptiva. Desde la técnica de cláusula general, varios ordenamientos, como el español, chileno y francés, al abordar el tipo de actividad procesal susceptible de interrumpir el plazo de prescripción, tropiezan con el mismo obstáculo o los mismos peligros: la falta de seguridad jurídica⁶⁴.

La fórmula española «*dirigir el procedimiento contra el culpable*» (art. 132.º 2 CP), su carácter ambiguo e impreciso representa una buena prueba de cómo la doctrina y jurisprudencia se decantan por interpretaciones más amplias o restrictivas ofreciendo un panorama confuso⁶⁵. Una de las cuestiones que el intérprete español debe afrontar es la determinación del alcance de la expresión *culpable*, es decir, el grado de identificación necesario: si bastará una mención genérica o indirecta o será preciso la designación nominal. De este modo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha venido evolucionando en este terreno desde una postura rígida, que entendía solamente interrumpida la prescripción cuando se dirigía el proceso directa y nominalmente contra el culpable, a una interpretación

⁶³ Sobre las decisiones que, con relación a esta cuestión, niegan a la declaración de rebeldía la condición de impulso procesal que interrumpa el plazo de prescripción, cfr. Ramon Ragués i Vallès, op. cit., p. 144 y 145.

⁶⁴ De forma muy imprecisa, el art. 7.º y ss. CPP francés «actes de poursuite» y «actes d'instruction» y art. 132.º CP español que utiliza la fórmula «dirigir el procedimiento contra el culpable». Fórmula semejante presenta el art. 96.º CP Chile como causa de suspensión.

⁶⁵ Cfr. Carlos Rey González, op. cit., p. 152, denunciando un cierto arbitrio de los Tribunales que «se acogen a un u otro criterio según lo que les parece más adecuado para poder absolver o condenar».

más flexible, que considera suficiente que se haya iniciado la persecución penal del hecho y se pueda entender orientada la investigación hacia determinadas personas, aún y cuando no se individualicen por no conocerse en ese momento quiénes son dentro de ese grupo fijado⁶⁶. En el llamado *Caso Marey*, el abogado del Estado argumentaba así:

«...existen varias líneas jurisprudenciales en torno al momento interruptivo de la prescripción, y entre ellas, el órgano judicial ha optado por la solución que le parece razonable en cuanto exige un cierto grado de individualización para dar por interrumpida la prescripción, y atenúa tal exigencia en los delitos organizados por personas que actúan bajo una unidad de acción. Se dice que es correcta esta interpretación por basarse en un criterio de igualdad, al favorecer la persecución de los responsables más cualificados de la colectividad que actúan en la sombra, por más difícil localización que aquellos que ocupan un lugar más bajo en la escala y son más fácilmente localizados y conocidos»⁶⁷.

En el citado Caso Marey, entiende el Supremo, que la mención genérica que se hacía en la querella a todas las demás personas que, además de los dos nominados, constituye un elemento suficiente para efectos de interrumpir la prescripción, pues en el caso de una colectividad u organización delictiva es muy difícil conocer a todos los componentes desde el inicio⁶⁸.

Esta perspectiva que hace que sea posible para interrumpir la prescripción que el presunto responsable sea *identificable* parece fructífera y gana fuerza en los delitos practicados por funcionarios, pues dada su naturaleza sólo puede ser cometido por el funcionario en el ejercicio o por causa de sus funciones, bastando la designación genérica del funcionario competente. Así pues, en un delito de falsedad documental, sólo el funcionario con competencia para realizar el documento puede cometer el delito⁶⁹.

⁶⁶ Sobre las distintas perspectivas jurisprudenciales, cfr. Ramon Ragués i Vallès, op. cit., p. 171 y ss.

⁶⁷ STC Español n.º 70/2000, 17 de marzo 2001, confirmando la constitucionalidad de los razonamientos del Tribunal Supremo.

⁶⁸ A través de la cláusula genérica: «cualesquiera otras personas...que en el curso de la investigación aparezcan como partícipes en las actividades de la organización terrorista GAL» (Sentencia 2/1998).

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1997.

Otro dilema a resolver en este modelo es la interpretación de otro concepto contenido en el art. 132.º 2 CP Español, la palabra «procedimiento», que ha dado lugar a una jurisprudencia poco segura y contradictoria. La mayoría de la doctrina del Tribunal Supremo entendía que procedimiento sólo existe desde que el juez instructor interviene formalmente mediante un auto. Sin embargo, una línea jurisprudencial reciente y minoritaria entendía que el procedimiento ya existe desde que se interpone una querella o denuncia. El TC español considera que entender iniciado el procedimiento por la interposición de querella o denuncia supone una vulneración del derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva sin indefensión. De modo que no se inicia el procedimiento hasta que interviene formalmente un juez. Esta idea enlaza con la titularidad del poder punitivo, que es exclusiva del Estado. Sin embargo, para algunos, esta lectura constituirá un sinsentido, el pretender que la prescripción se cuente a partir de la fecha del acto procesal del juez, admitiendo a trámite la querella o proveyendo sobre la denuncia, puesto que cualquiera de tales actos podrían demorarse voluntariamente o bien por la proverbial demora de la justicia. En otros sistemas, para obviar estas dificultades es la fecha oficial de presentación del escrito o de la comparecencia ante el Juzgado, la que se toma en cuenta para contabilizar los efectos de la prescripción.

En este contexto, con independencia de la cuestión interruptora de la interposición de una denuncia o querella, muchos otros problemas e equívocos se han suscitado para concretar cuáles son las actuaciones judiciales de contenido sustancial suficientes para interrumpir la prescripción, que han dado lugar a no pocas interpretaciones en la doctrina y jurisprudencia⁷⁰.

Iguales problemas se colocaron con la antigua expresión del sistema argentino, (comisión de un nuevo delito o la «*secuela del juicio*») acerca del alcance de dichas palabras, después sustituida por la enumeración específica de las causales genéricas de interrupción: el primer llamado a indagatoria, requerimiento de la apertura o elevación a juicio, auto de citación a juicio y dictado de sentencia condenatoria, y la causal propia de los delitos

⁷⁰ Como bien apunta Ramon Ragués i Vallès, op. cit., p. 158, «tal aptitud faltará en aquellas diligencias que tienen un mero contenido formal o trámite, aun cuando no exista unanimidad sobre qué concretas actuaciones merecen tal calificativo».

cometidos por funcionarios públicos, suspendiendo la prescripción mientras uno de los implicados se mantenga en funciones.

Para reducir la vaguedad e indeterminación del ámbito de validez de tales actos procesales interruptivos de la prescripción, algunos sistemas apuntan la objetivación de las mismas con la mención de un catálogo explícito sobre las actuaciones procesales que interrumpen la prescripción. Así, numerosos ordenamientos optan por este sistema más deseable de *numerus clausus*, que permite conocer en qué situaciones procesales corre de nuevo el plazo de prescripción, aunque su configuración resulta muy variable, según los casos⁷¹. Algunos códigos aluden expresamente, evidenciando una perspectiva preventivo-especial, a la comisión de nuevos delitos como causa de interrupción del plazo de prescripción⁷².

Aparte del aspecto mencionado, la determinación de los actos procesales interruptivos se enfrenta al problema de las actuaciones procesales nulas. La cuestión se centra en determinar si la declaración de la nulidad de las actuaciones invalida la interrupción de la prescripción. Al respecto el Tribunal Constitucional portugués en la Sentencia n.º 483/02 niega la eficacia interruptora de los actos nulos afirmando que sostener lo contrario supondría «incurrir en un campo abierto a posibilidades manipuladoras, arbitraria, artificiales y proporcionadas».

De acuerdo con lo expuesto, no cabe la menor duda que la técnica empleada por algunas legislaciones de no definir los actos del procedimiento interruptivos de la prescripción penal entraña riesgos y más aún cuando facilita la manipulación de las normas penales y su aplicación arbitraria. Por eso conviene señalar que parece conveniente una determinación concreta de los actos interruptivos, que no puede quedar al arbitrio de quien decide. Asimismo, se debe asegurar que el catálogo de los actos procesales que interrumpen la prescripción no incluya cualquier acto del procedimiento que permita la extensión del proceso penal perpetuamente.

⁷¹ En este sentido, diversos códigos penales establecen los casos en que se produce dicha interrupción: entre ellos, el art. 121.º CP portugués; art. 60.º CP italiano; art. 78.º c) CP alemán; art. 117.º CP Brasil; 104.º, 1 CP Paraguay; art. 37.º CP de la República del Salvador; art. 86.º CP Colombia; art. 95.º CP Panamá.

⁷² Art. 67.º CP argentino; art. 83.º y 87.º CP Perú; art. 99.º CP Panamá.

6. Cláusulas de prescripción automática

Como se ha visto la articulación del derecho de todo imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable no resulta, a través de las causas de interrupción de la prescripción -para bien o para mal- nada sencilla por la realización de actos del procedimiento. No cabe duda que la elección de alguna de estas opciones no se encuentra exenta de dificultades. De este modo, hay que admitir que la consagración de un sistema de *prescripción legal*, automática será, precisamente, un cauce de aseguramiento del derecho fundamental del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Se trata de un intento serio y coherente de garantizar el sistema de prescripción. La definición de un Estado de Derecho implica la autolimitación de sus poderes y esta limitación no puede ser eludida a través de las causales interruptivas. Varios son los ordenamientos que asumen cláusulas limitativas de las causas de interrupción, de seguridad a favor de la prescriptibilidad. Sirvan como ejemplo de cláusulas de seguridad a favor de la prescriptibilidad: por un lado, el art. 121.º 3 CP Portugal, art. 110.º CP México, art. 83.º CP Perú, donde la interrupción de la prescripción sólo podrá ampliar hasta una mitad los plazos ordinarios establecidos y el art. 104.º, 2 CP Paraguay hasta el doble del plazo, por otro, el art. 86.º CP Colombia, fijando una precisión del alcance que debe concederse a la prórroga por la mitad del plazo (no podrá ser superior a cinco, ni superior a diez). Y hay, incluso, quienes no resisten a fijar limitaciones al funcionamiento de esta cláusula. Así el caso del art. 110.º CP Venezuela que alude a que la prolongación por un tiempo igual al de la prescripción aplicable, más la mitad del mismo tenga lugar sin culpa del reo y el art. 121.º, 3 CP portugués excepcionando el tiempo de suspensión de la prescripción.

7. Cuestiones específicas: codelincuencia y concurso de infracciones

Una cuestión importante nos queda por señalar: los problemas generados en torno a las situaciones específicas de codelincuencia, y concurso de infracciones, de gran trascendencia práctica en este tipo de criminalidad.

De un análisis del Derecho positivo puede constatarse que en algunos sistemas existen referencias expresas a estas situaciones particulares de capital interés. En otros, la falta de concreción es patente y no resuelven la cuestión de forma explícita. Por ello, resulta interesante una referencia a las

disposiciones normativas encontradas. Veamos y, sobre todo, miremos para garantizar que la prescripción sea una institución sólida.

7.1. La cuestión de la codelincuencia, no puede ser olvidada una vez que los delitos practicados en el ejercicio de la función pública son practicados la mayoría de las veces por múltiples intervinientes, de forma caleidoscópica abarcando varios avatares en el tiempo y en el espacio. En concreto, el problema se plantea en relación a cuál debe ser el tratamiento prescriptivo del participante, si es admisible la prescripción individual o personal de cada uno de los intervinientes o por el contrario debe funcionar la interrupción general para todos los intervinientes. Podrían darse varios supuestos, entre éstos, se puede dar el caso de la intervención o participación de particulares, en el enriquecimiento ilícito, el hermano, hermana, cuñado, esposa, etc. En el caso del CP argentino se arbitró una fórmula específica relativa a los delitos practicados por funcionarios: en ellos, el término corre, suspende e interrumpe para todos mientras cualquiera de ellos desempeñe un cargo público (art. 67.º). Es evidente que, con su reconocimiento, este ordenamiento pretende otorgar a estas situaciones una lógica desvaloración unitaria a estos efectos. Al margen de estos supuestos de delitos específicos practicados por funcionarios, existen disposiciones normativas en las que, se recurre de forma expresa, a la prescripción e interrupción conjunta de los hechos delictivos⁷³. Frente a esta solución, varios ordenamientos se muestran favorables a aceptar la idea de la individualización de la prescripción⁷⁴. Este último sistema es el que implantó el art. 88.º CP Perú al establecer que *«la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible»*. Consideraciones de este tipo, lamentablemente, parecen fundamentar la opción individualizadora empleada en el art. 41.º Constitución de Perú de duplicación del plazo de prescripción para los funcionarios, pero no para

⁷³ Así se hace en el art. 101.º CP de Chile, art. 95.º CP de Panamá y art. 110.º CP Venezuela. En este último sistema al estar implantada la imprescriptibilidad de los delitos contra el patrimonio público, se coloca esta posibilidad de la interrupción de la prescripción surtir efectos para todos los intervinientes en relación a las otras modalidades delictivas practicadas por funcionarios.

⁷⁴ En estos términos se expresa el art. 200.º CP México, art. 39.º CPP República de El Salvador, art. 84.º CP Colombia y art. 112.º CP Ecuador (sirviendo en los casos donde no se reconoce la imprescriptibilidad).

los particulares que intervienen en los delitos en agravio del Estado. Lo que será obstáculo, obviamente, para un tratamiento equitativo de los supuestos.

7.2. Otra cuestión que tiene gran trascendencia práctica en este sector delictivo, es la de saber el cómputo del plazo en casos de concurso ideal o medial de delitos, si debe admitirse un tratamiento diferenciado o conjunto. Entre los supuestos de cómputo hoy contemplados expresamente el legislador mexicano incluye también la referencia al concurso de delitos, que se resuelve en favor de un único plazo de prescripción, el del delito que merezca pena mayor⁷⁵. En una línea similar se orienta la doctrina y jurisprudencia española, sin plasmación legal positiva⁷⁶. En este sentido, se pone de relieve en la conocida y célebre sentencia dictada en el «Caso Marey» que los delitos en concurso ideal o medial *«forman una unidad de orden sustantivo tan íntima que no cabe hablar de prescripción de uno cuando el otro no ha prescrito. Y esto es lo que ha ocurrido en el caso de la malversación, para cuya prescripción podría haber regido el plazo de 10 años, fue un medio necesario para la comisión del delito de secuestro que prescribe a los quince años»*⁷⁷.

7.3. En este mismo orden de ideas debe buscarse la solución a los supuestos de delitos conexos. Esta última solución es la seguida por el código brasileño, con previsión expresa: según el artículo 117.º, *«nos crimes conexos, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles»*. La interpretación debe ser otra, em cambio, si se trata de un mero concurso de delitos, donde se sostiene la prescripción en separado (art. 119.º CP Brasil). También el art. 80.º CP Perú positiviza para el caso de concurso real de delitos el criterio de que cada infracción debe regirse por un plazo separado. Debe tenerse presente, que el gran problema es el hecho de que la mayoría de los ordenamientos guardan silencio en relación a esta cuestión, dejando en manos de la doctrina y la jurisprudencia la solución del problema. De ahí

⁷⁵ Art. 108.º CP México.

⁷⁶ Sin embargo, Ramon Ragués i Vallès, op. cit., p. 190 y 191, considera esta interpretación desafortunada y entiende que no queda otra opción que la necesidad de plazos diferenciados para cada delito a la vista de la falta de una previsión específica para los concursos.

⁷⁷ Sentencia n.º 2/1998 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español.

que, se pueda dar pie a interpretaciones encontradas e injustificadas en estos supuestos no expresamente resueltos⁷⁸.

8. Prescripción y legalidad

En todo caso, para evitar las consecuencias injustas de hacer depender la interpretación de las normas que regulan este instituto de distintos vaivenes jurisprudenciales, es necesario realizar un perfeccionamiento normativo de esta materia. A decir de Carlos Rey González: «es preciso acabar con la incertidumbre que reina en el instituto de la prescripción...y proponer soluciones, en un intento de contribuir a la urgente, e importante, tarea de dar al instituto de la prescripción la necesaria certeza, en beneficio de los principios de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la indefensión»⁷⁹.

Se trata, por ello, de acabar con la maraña de normas y cambiantes interpretaciones apuntadas de la jurisprudencia sobre la prescripción. De no entenderse así, se llegaría al absurdo y peligro del arbitrio judicial. No debe olvidarse que nada hay más objetivo que el tiempo y aunque haya jueces que lo conciban, siguiendo a Kant o San Agustín, como un fenómeno interior, hay que tomar distancia de estas posturas, pues las normas que regulan la prescripción no deben estar sujetas a una valoración personal y subjetiva.

III. LA NECESIDAD E IDONEIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN

Dos advertencias de arranque. Por una parte, creo firmemente que muchas de las ventajas que se aducen para mejorar el combate a la corrupción pueden alcanzarse con reformas de las normas prescriptivas en el sentido apuntado, y siempre respetuosas con los principios de legalidad y seguridad jurídica. Asimismo, se deben procurar otras medidas que completen y subsanen la ineficacia del sistema, como un mayor empeño político que conlleve un aumento de recursos materiales y personales en esta

⁷⁸ Cfr. En este sentido, Ramon Ragués i Vallès, op. cit., p. 191 y 192, constatando la falta de consenso de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español sobre la vigencia de un único plazo de prescripción —el más grave, para estos supuestos.

⁷⁹ Carlos Rey González, op. cit., p. 12.

difícil tarea. No hay que dejar de lado que muchas de nuestras (las) quejas que afloran giran alrededor del tiempo en estos delitos porque la investigación se retrasa, se demora, no está a tiempo y en ocasiones llega tarde.

Por otro lado, me parece que antes de proponer a capa y espada la imprescriptibilidad, es necesario tener muy presente algunos datos objetivos relacionados con el transcurso del tiempo. En primera instancia, parecerá que el ejercicio de la acción penal es la más beneficiada. El tiempo por su condición irreversible constituye una de las obsesiones de los juristas y de los artistas; para conjurarle, se ensaya la reivindicación de la eternidad o del instante paralizándolo. En segunda instancia, sucede al revés: basta para el efecto comprobar como el tiempo produce un desvalor social de los delitos y en la alarma social que un día causaron y al mismo tiempo debilita la fiabilidad de las pruebas⁸⁰. Tal vez sea esta una de las verdades que sólo la literatura o la pintura puede decirnos en la cara.

A) El paso del tiempo como obstáculo procesal

Parecería que los escritores, pintores, mejor que nadie, entienden que ni siquiera...se puede parar el tiempo. Existen muchas obras que así lo demuestran. En suma, son pistas que nos invitan a reflexiones interesantes.

Así, no escapará a esta apreciación «La persistencia de la memoria», el cuadro daliniano que se ha convertido en icono de la teoría de la relatividad. Los relojes que se escurren por una superficie plana, curva y cuelgan de la rama de los árboles son la metáfora perfecta que representa lo que Einstein y sus contemporáneos querían decir cuando se referían a la dilatación del tiempo relativista. Como nunca, para el lego o el jurista una imagen vale más que mil palabras y varias páginas de fórmulas. Como en toda obra, pintura de Dalí este cuadro contiene sentidos (matices) deslumbrantes. Esta es una de las mejores descripciones o percepciones sobre el tiempo. Es difícil encontrar una manifestación más clara. Tal vez una visión de este cuadro con ojos de penalistas podría producir algún impacto, que podría usarse para excluir la posibilidad de procesamientos injustificadamente indefinidos.

⁸⁰ En este sentido, puede verse, Francisco Pastor Alcoy, op. cit., p. 18 y 19.

Dalí en «La persistencia de la memoria» mejor conocido como «los relojes blandos» representa los objetos cotidianos de formas sorprendentes, dándoles un funcionamiento simbólico, aparecen los objetos deformados. Una serie de «3 relojes blandos» parecen estar derritiéndose. Cada uno tiene una hora distinta (como diferentes son los distintos plazos de la prescripción graduados en función de la gravedad del delito en cuestión) transmitiendo la impresión de un espacio temporal de la mente que se va desvaneciendo. El reloj, un objeto extremadamente sólido y rígido, se flexibiliza, se ablanda, se hace moldeable hasta adquirir como el mismo Dalí decía, la sensualidad cremosa del camembert. Se ha dicho que estos relojes simbolizan la distorsión del paso del tiempo. No parece extraño, pues, encontrar doctrina que apele a consideraciones de naturaleza procesal para explicar el fundamento de la prescripción, como el aumento de la dificultad probatoria y la debilidad de las propias pruebas⁸¹. Este cuadro luminoso, nos hace pensar como los testigos fallecen, olvidan o tienen memoria de lo actos, mas les falta convicción para cada caso específico o como los propios vestigios desaparecen.

Ahora bien, cabe señalar que en esta obra hay un cuarto reloj (de bolsillo) y colocado al revés, que parece pudrirse, invadido por las típicas hormigas (símbolo de la podredumbre y putrefacción en Dalí), pero conserva una naturaleza mineral y limpia, brillando como la luz del crepúsculo...pareciendo querer decir que al final, la memoria de nuestras vivencias y recuerdos pervive por encima del tiempo. Bajo esta lógica, tal vez el principio de prescripción podría quedar desvirtuado ante delitos que ofenden al género humano, debido a la magnitud de los mismos y a que su significación social permanece intacta y vivenciada por el colectivo social afectado y de los restantes pueblos del mundo. La dureza de las piezas de este cuarto reloj hace que éstas no se desgasten (como la crudeza de las masacres...), la precisión de los engranajes dependerá de la persistencia de la dureza. Por eso, tal vez la única imprescriptibilidad aceptable o razonable sería únicamente la del genocidio (y en caso de atentados graves). Pero incluso en el caso de pruebas duras y sólidas el tiempo no perdona, de ahí que también el único reloj no deformado aparezca lleno de hormigas

⁸¹ Sobre estas posiciones, cfr. Antonio Gili Pascual, p. 66 y ss.

dalinianas. En efecto, declarar la imprescriptibilidad de ciertos delitos no excluye «a priori» que surjan dificultades probatorias respecto de determinados hechos⁸².

En honor a la verdad sin sombra de duda, igual que Marcel Proust en el último volumen de «En búsqueda del tiempo perdido» es preciso lanzar una mirada crítica sobre las propuestas de imprescriptibilidad que parecen pretender inaugurar una especie de *Belle Époque* en la lucha contra la corrupción. Propuestas que se niegan a admitir el paso del tiempo, porque las pruebas, los testimonios (la memoria de los seres humanos o los meandros por los que navega) al igual que la belleza de la *Belle Époque* (finales siglo XIX y principios del XX), se verá roída por el paso de los años. Con este género de propuestas parece que nos adentramos en el mundo proustiano a la búsqueda del tiempo perdido o por perder, queriendo a través de la imprescriptibilidad volver a un pasado perdido para siempre. El tiempo va conspirando, todo lo apaga, menos la convicción del Ministerio público en la persecución del *jus puniendi*.

La búsqueda de un tiempo perdido es una meditación sobre la memoria y un intento de definir como los recuerdos constituyen una realidad y la existencia del individuo, pero no podemos olvidar que no se trata de un diario, o del tiempo cronológico recordado metódicamente (y suficiente para constituir prueba de cargo), sino de la suma de caóticos recuerdos. El mayor enemigo del procedimiento penal: es el tiempo pasado. Las mismas dificultades probatorias conducen a la prescripción evitando procedimientos penales que puedan acabar en absolución por las dichas dificultades probatorias⁸³. Con la ruina del tiempo las pruebas se deshacen en agua y sal (o en expresión portuguesa *em águas de bacalhan*). Teniendo en cuenta que el descubrimiento de la corrupción suele requerir un cierto transcurso del tiempo la prueba será ciertamente un camino tortuoso y no permitirá la justa apreciación del delito cometido. Y, realmente hay que decir que el hecho practicado pierdese en el pasado, se borran sus señales físicas y las circunstancias en la memoria de los Hombres, escasean y se tornan inciertas creciendo el riesgo de un pronunciamiento tardío de una sentencia que

⁸² Concretamente, sobre el delito de genocidio, Antonio Gili Pascual, op. cit., p. 68.

⁸³ Francisco Pastor Alcoy, op. cit., p. 18.

estará lejos de corresponder a la verdad de los hechos y al ideal de justicia, por no corresponder a la verdad del facto ilícito. Además, el tiempo que pasa va alterando los hechos y con estos las relaciones jurídicas que en ellos se apoyan. El derecho, con su sentido realista no puede dejar de atender a esta natural transformación de las cosas. La indignación pública que el delito provoca, diluyese y amortece con el transcurso del tiempo. Del mismo modo, pierde la pena su fundamento y fin.

B) Posibles formas de «habitar» el tiempo establecido

A través del régimen de la imprescriptibilidad únicamente se obtiene una pseudoresolución velada por tinieblas. La solución podría hacer que el tiempo no sea un tiempo perdido, mas un tiempo recuperado, a la buena manera proustiana⁸⁴. Hay otras maneras de recuperar el tiempo. Es la perspectiva en que la longitud de los plazos de prescripción de los delitos, la proporcionalidad es significativa, porque al final la prescripción recupera el tiempo al establecerse plazos adecuados compatibles con el proceso debido, a través de una correcta adecuación de las escalas penales, conforme la entidad de los bienes jurídicos vulnerados y la gravedad del injusto. Se trata precisamente de concebir el tiempo en términos de espacio real, en que «la duración se expresa siempre en extensión». Expresado en términos de espacio, el tiempo se podría acortar o alargar sin dificultad alguna. En relación con los problemas de prueba, repetidamente en muchos procesos, la misma está frustrada o aplastada por la sociedad como en un cilindro de cristal porque los ciudadanos no colaboran. Por eso, revisten una importancia capital la protección de los testigos, un incentivador derecho premial, y un adecuado control de los superiores. Hace falta superar los límites temporales invirtiendo en la investigación del pasado y con los medios del presente. Es preciso habitar el tiempo jurídico y deshabitar en los momentos exactamente determinados y calibrados de suspensión o interrupción de los plazos de prescripción para después habitar y deshabitar de nuevo, aunque no por fortuna de forma indefinida.

Y si de paso, en el aspecto fáctico, se potencia la implementación de una más eficiente y rápida intervención de los operadores del control,

⁸⁴ Nos inspiramos en el sugerente título de su último volumen «El tiempo recuperado» (En búsqueda del tiempo perdido).

específicamente, de una policía judicial, ministerio público y órganos judiciales especializados y diligentes para disminuir la falta de efectividad del sistema penal respecto de estas manifestaciones delictivas, será otro signo de progreso. Será preciso una voluntad real y un mayor compromiso en el combate a la corrupción, pues el sentimiento provocado por la escasez de recursos materiales y humanos en la investigación, y el contacto casi diario de la promiscuidad entre política y justicia obstaculizan el desenvolvimiento de las investigaciones.

Así pues, para habitar el tiempo (legal) y tratar de comprenderlo en su complejidad, habría que aceptar los resortes que coadyuvan a disminuir la indudable selectividad de los sistemas penales respecto de estas manifestaciones delictivas: sea cuidando de los ciudadanos denunciantes, sea gracias a los hallazgos de los encausados (derecho premial). Esa puede ser la forma de conjurar el olvido y llenar el temor vacío «existencial» o impunidad, causados por el paso del tiempo.

En la propia novela de Proust se encuentran varios leitmotifs verbales, como por ejemplo «espino albar», «lila» e «iglesia» que esconden sensaciones subjetivas que, para el narrador, se relacionan a su propia búsqueda del tiempo perdido. Similarmente, el papel de la comunidad es muy importante para conocer la existencia de estos hechos ilegales. Ahora bien, sus beneficios son muy importantes, pero también plantea problemas, por lo que se deben afrontar a través de medidas de protección para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe los actos de corrupción, que incluyan la protección de identidad. La utilidad de un derecho premial es un intento bastante loable también de resolver los problemas que afectan profundamente la vida de los ciudadanos, de atar los cabos sueltos de los múltiples instrumentos normativos de la lucha contra la corrupción. La erradicación de la corrupción tiene que darse desde diversos ángulos y por medio de diversas acciones⁸⁵. Sin duda por la promoción de los valores sociales que fundamentan la acción pública, la resolución de las carencias presupuestarias por parte del sector político, la desaprobación de la sociedad o la existencia de incentivos que

⁸⁵ No en vano, en Portugal mediante un conjunto de iniciativas se intenta disminuir la falta de efectividad a través de un programa de prioridades, sin merma de la autonomía del Ministério Público.

remuevan la actitud obstruccionista de los encausados. Son formas de abrir caminos a otras dimensiones del tiempo, a la metamorfosis necesaria de estos delitos.

IV. BALANCE Y PERSPECTIVAS

Como se ha visto, los caminos destacados presentan importantes mecanismos para afrontar un nuevo reto. ¿Porqué se insiste en su mala fama, en afirmar que la prescripción causa impunidad? ¿Por qué se insiste en afirmar que sólo defiende delincuentes? Es significativo que a la prescripción se la señale como defensora de los delincuentes cuando también puede ser entendida como una garantía para las víctimas⁸⁶. Resulta paradójico comprobar que al instituto de la prescripción al tiempo se le acuse de ser la cara odiosa del sistema y sirva para impulsar los procesos. Algo anda mal.

A los fines de esta argumentación es útil recordar, como se ha avanzado *supra*, también que hay situaciones (sistemas de cómputo, interrupción, suspensión) que funcionan como válvulas del sistema cuando están debidamente delimitadas permitiendo reencontrar el equilibrio del mismo. Por otro lado, a veces consiguen desajustar su funcionamiento permitiendo auténticas situaciones de imprescriptibilidad en concreto. Por eso no dudamos en levantar la voz para exigir el derecho del debido proceso por entender que los derechos humanos son universales por definición y que cualquier relativización hace perder el sentido de tan magnífico postulado. Adviértase que, en algunos casos la prescripción, ese «divino tesoro» utilizando la magnífica expresión de Rubén Darío *no se va para no volver*, porque tal vez nunca estuvo, particularmente en las disposiciones que cobijan hipótesis de imprescriptibilidad en concreto.

¿Tendrá sentido intentar desmontar el discurso que pretende mostrar al instituto de la prescripción como un obstáculo en la lucha contra la corrupción?

Pensamos que tal matriz de opinión se asienta en la teoría del «chivo expiatorio», es decir, en momentos de adversidades, y estos sin duda lo son, se tiende a desplazar el incómodo que la situación provoca, sobre alguien o

⁸⁶ En este sentido, Francisco Pastor Rey, op. cit., p. 19.

en este caso, algo que es inocente de lo que se le acusa pero que resulta útil como depositario de la agresión⁸⁷. Para este tema que nos ocupa, la persecución de los delitos de los funcionarios, el instituto de la prescripción no tiene casi ninguna responsabilidad sobre él, pues tiene que ver más bien con causas estructurales y con la incapacidad del Estado para controlarla.

Por eso, habrá que preguntarse cuál es la responsabilidad que le cabe a los estados para combatirla. Cierta relevancia puede revestir en el sistema portugués la llamada «lista de prioridades» con los delitos cuya prevención e investigación serán prioridades de la política criminal y que incluya la corrupción⁸⁸ con motivo de la ley sobre política criminal que entrará en vigor durante un bienio (de 1 de septiembre de 2007 y 1 septiembre 2009) hasta ser sustituida por otra bienal⁸⁹. Se trata de un mecanismo sofisticado, una fórmula de planificación criminal con un grado intenso del principio de oportunidad que permite enfocar la investigación en los delitos que el poder político considera más relevantes y no en el principio de legalidad que impone tratar la criminalidad por igual. Técnica que puede reportar considerables ventajas, si aliada a un refuerzo de medios para el combate contra la corrupción.

O se realizan los cambios necesarios para «habitar» el tiempo legal (adecuadamente ajustado) o condenamos a nuestros sistemas jurídicos (instrumentos contra la corrupción) a seguir siendo de baja intensidad que no sirve a los intereses del pueblo independientemente de la longitud de los plazos de prescripción.

La impotencia y en algunos casos la ira causada por el poder devorador del tiempo clama el canto de la imprescriptibilidad como solución mágica. La furia requiere de esta víctima ahora (en esta ocasión), mañana será otra (*in dubio pro reo*, contradictorio...) y otras ya lo fueron (principio de la oportunidad⁹⁰). Puras manifestaciones del Derecho Penal del enemigo

⁸⁷ Mariano Hernán Gutiérrez «El chivo expiatorio y la crisis de la justicia» en Derecho Penal Online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea, disponible en internet: <http://www.derechopenalonline.com>

⁸⁸ <http://s.mmp.pt>, 11-10-06.

⁸⁹ Se trata de una Ley elaborada por la *Unidade de Missão para a Reforma Penal*, <http://www.mj.gov.pt>.

⁹⁰ Así tenemos que en Argentina, el artículo 180 ter (13) de la Provincia de Río Negro, último párrafo, establece que: «No corresponderá la aplicación de un criterio de

para tranquilizar las voces de las Erínias y negar derechos que jurídicamente son innegables porque son garantías de derechos humanos y/o de racionalidad.

De igual modo, pensamos que tal tendencia se asienta sobre en lo que psicología social se llama prejuicio, o en el Derecho Penal, Derecho Penal del enemigo, sobre una actitud hostil y negativa hacia un grupo distinguible (los funcionarios y políticos). Esta matriz de opinión preocuparnos especialmente porque equipara la expresión derechos humanos y garantías con privilegio de los «corruptos» sobre los derechos del resto de la sociedad, cuando ésta poco hace para denunciar.

En definitiva, a través de esta tendencia se intenta obtener la cohesión de la comunidad gracias a un principio sacrificial, a costa de una víctima arbitraria, de un chivo expiatorio⁹¹, la prescripción. Prescripción en la que todos pueden ahora descargar sus propios pecados y sentirse redimidos. Para algunos, está claro, clarísimo, que ella tiene la culpa —es la cara odiosa del sistema—, resultando ser un instituto despreciable, y se cuenta —porque todo el mundo lo dice— que es culpable, cuando todos los ciudadanos somos un poco responsables y odiosos porque no se denuncia lo que ocurre en la vida cotidiana, sólo nos sentimos víctimas, o mejor, ni hay sentimiento de víctimas, siendo todos víctimas. A los procesos contra la corrupción no los mata la prescripción, los mata la «corrupción» de los que no denuncian, no colaboran, o la inercia a través de la resignación, la queja impotente.

oportunidad si el delito fue cometido por un funcionario público, en el ejercicio de su cargo o por razón de él». Cfr. Sobre el tema Adrián Fernando Zimmermann «Criterios de Oportunidad (con breve análisis de los Códigos Procesales de las Provincias de Río Negro y de Buenos Aires» in <http://www.eldial.com/> . Además, destaca el proyecto de CPPN del INECIP (2004), art. 38, in fine determinando que «El fiscal no podrá prescindir total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal cuando el imputado sea funcionario público y se le atribuya un delito cometido en el ejercicio de su cargo o por razón de él», y nos recuerda que en la provincia de Buenos Aires, aunque no existe una norma prohibitiva, vigora una prohibición de hecho o tácita que impide de igual forma la aplicación de criterios de oportunidad.

⁹¹ El gran antropólogo René Girard ha estudiado profundamente los procesos sociales de convulsión que llevan a la búsqueda de un «chivo expiatorio» que satisfaga las culpas ajenas.

No obstante, este discurso subyace en el imaginario colectivo y ciudadanos y políticos aplauden todas estas propuestas. Resulta mucho más fácil y cómodo encontrar un chivo expiatorio, hacer caer una culpa colectiva sobre la institución de la prescripción, aún cuando no siempre ésta haya sido el responsable de las fallas, que nos tranquiliza y hace sentir mejor y no cuestionar el fracaso o la falla de los instrumentos contra la corrupción. Después de materializada la imprescriptibilidad, todo podrá continuar igual. Se volverá libremente a no colaborar, a consentir e incentivar el despilfarro de los bienes como si fuesen de derecho propio, a la inercia del sistema. La prescripción no es el culpable que buscan, y mi conciencia me dicta que se debe esperar que la verdad y la denuncia activa de los ciudadanos nos haga a todos libres de corrupción.

Por otro lado, ya se ha advertido que con la expansión del tiempo legal, proclamar jurídicamente la imprescriptibilidad o su dilatación eterna no se logra detener los efectos del tiempo. El tiempo no perdona como vimos gráficamente en el cuadro de Dalí o en las palabras de Proust. Y tampoco detiene el tiempo biológico, la muerte que extingue la responsabilidad criminal. Y, por este motivo, no vamos proponer adoptar en estos delitos la transmisibilidad de la responsabilidad criminal a los herederos.

También la complejidad, lo absurdo del tema se refleja en el objeto de la imprescriptibilidad, los crímenes que están sujetos, se trata con la misma importancia el delito más mínimo que el grave.

Cabe decir que, con todo, lo que es insoslayable es que la prescripción permite impulsar los procesos (y salir del efecto letargo que la imprescriptibilidad puede provocar). Es fácil de ver los casos. He aquí la otra cara, la cara oculta de la misma institución de la prescripción, de una misma y no de otra. Ello es así hasta el punto de que algún autor, ha afirmado que «la existencia de prescripción y su posible aplicación sirve de apremio»⁹².

Luego, existen razones para pensar que con la imprescriptibilidad, en general, el déficit de la justicia, que siempre ha estado en crisis con un funcionamiento deficitario, se iría agravar por ser vulnerable a las presiones externas y con la prolongación *ad infinitum* del tiempo judicial de los procesos. Su crisis no es fruto de no seguir las presiones populares o en

⁹² Francisco Pastor Alcoy, op. cit., p. 19.

este caso políticas sino de no respetar las garantías y reglas generales que la imponen comportarse de forma regular en todos los casos⁹³.

Pues bien, en este contexto, otra función válida y fundamental que juega la prescripción en nuestros estados modernos es impedir la sobrecarga procesal e incluso el bloqueo del sistema. Por otra parte, en regla general los actuales plazos de prescripción que establece la legislación vigente favorece, de igual modo, la sobrecarga procesal, teniendo en cuenta que en el caso de delitos contra la administración pública de menor gravedad (penales con multa autónoma o alternativa) se debería reducir el plazo ordinario de prescripción. De la misma manera, tengo la convicción que, para que la supremacía de la Constitución sea una garantía para todos y adquiera plena vigencia efectiva en los ordenamientos el principio de la igualdad y de la proporcionalidad, el principio de oportunidad debe practicarse y optimizarse en los delitos contra la administración pública de menor lesividad social.

En todo caso, es absolutamente inaceptable que en algunos ordenamientos las reglas de la prescripción trepiden de incertidumbres al igual que un cuadro impresionista⁹⁴. El precio de esta flexibilización es muy alto si la misma se traduce en arbitrariedad y desigualdad en la aplicación del instituto de la prescripción. De ahí que sea necesario introducir algunos cambios fundamentales en el instituto para garantizar una suficiente previsibilidad y, en consecuencia, evitar que explote en una tensión social.

Superando estas grandes barreras, el instituto de la prescripción abriría paso a la modernización de los sistemas de justicia.

Sin la prescripción, el poder estatal se convierte, sencillamente en una violencia más. O en otras palabras, la pena tan tardíamente aplicada surgiría sin finalidad, y antes como venganza, como se desprende de la célebre y sorprendente Historia de la *Roussada*, contada por José Faria Costa. Resulta curioso que esta historia tan antigua sea una buena muestra, aún en nuestros días, de la fuerza de la crítica a la felizmente abandonada teoría retribucionista:

⁹³ En este sentido, «El chivo expiatorio y la crisis de la justicia» de Mariano Hernán Gutiérrez. in *Derecho Penal Online* (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea, disponible en internet: <http://www.derechopenalonline.com>)

⁹⁴ Destacando este aspecto en el ordenamiento español, Carlos Rey González, op. cit., p. 12.

«Reza a lenda que EL-Rei D. Pedro, ao cavalgar, nas doces margens do Mondego, montando o seu mais fogoso alazão, em um dia de sol esplêndido, para mais embalado na nobre arte da falcoaria, e por isso com o coração e os olhos cheios de brilho da alegria da caça, que sabia lhe não fugiria, viu ao longe uma linda e atraente moçoila, rodeada por uma ninhada de filhos.

Espicaçado pela curiosidade de uma tão nova mulher ser já mãe de tantos rebentos, perguntou: «Quem é aquela?»

«Aquela, Senhor, é a roussada», responderam, quase ao unísono, todos os cavaleiros que o acompanhavam.

E continuaram, melhor, continuou aquele a quem o tempo já raiara de branco os cabelos, enquanto El-Rei escutava com a atenção aparentemente presa no voar plácido e perscrutante do falcão preferido agora mesmo atirado aos céus.

«Ainda mal entrara nos mistérios das regras» - explicava o velho conhecedor das entranhas do mundo - «o que é agora seu legítimo e bom marido, que com ela casou segundo os mandamentos da Santa Madre Igreja, já a violara. Coisas do demo, Senhor. Mas, certamente por intervenção de Deus Todo Poderoso e pelas orações da piedosa mãe daquele pobre diabo, tudo se recompôs e, hoje, como Vedes, os dois amam-se, são uma família unida, respeitada pelos vizinhos, cumpridores das Vossas corveias e, sobretudo, tementes a Deus. Depois, Senhor, o tempo tudo cura, mesmo as feridas mais profundas da alma. O tempo é mezinha benta para as cousas humanas. Por isso, digo, Bendito seja Deus que na Sua infinita sabedoria nos criou com o coração manso e terno pronto a deixar entrar e a docemente fazer escorrer o esquecimento que o fio do tempo já tecera»

«Amen», responderam todos os que ouviram Gurmecindo contar, de forma tão serena e precisa, o milagro do mal que se transformara em bem.

El-Rei, olhou para o alto, naquele seu jeito um pouco lunático e tímido que a gaguez quer justificar, pensou por um instante, e, com a velocidade do relâmpago, disse. «Enforquem-no».

A história, certamente escrita por sábios, diz-nos que El-Rei D. Pedro I ficou conhecido, para sempre, como o «Justiceiro»⁹⁵.

⁹⁵ Versión libre de las Crónicas del Rey D. Pedro I, 8.º Rey de Portugal, por José de Faria Costa, «O Direito Penal e o tempo. (Algumas reflexões dentro de nosso tempo e em redor da prescrição» in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume Comemorativo*, Coimbra 2003, pp. 1139 y 1140.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL ÁREA DE LA ADMINISTRACIÓN. ABUSO DE PODER POLÍTICO y ECONÓMICO

JORGE EDUARDO BUOMPADRE

Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Históricamente, el hombre estuvo de alguna u otra manera ligado al quehacer del Estado. Algunas veces como simple administrado, obediente de las normas impuestas por el poder público, y otras veces como integrante de alguna de las esferas del aparato de poder estatal, llegando inclusive, a desempeñar roles de gravitación en representación de los intereses del fisco.

Esto deja entrever, al menos en principio, que el hombre, en su rol de simple ciudadano pagador de impuestos o desempeñando alguna función pública, siempre se interesó por el manejo o manipuleo de que es objeto el dinero público. Con otras palabras, esta estrecha relación *«hombre-Estado»*, se verifica muy especialmente en los aspectos vinculados al control, eficiencia y regularidad de los mecanismos administrativos por medio de los cuales se canaliza el dinero y los distintos bienes económicos que forman parte del tesoro fiscal.

De allí la preocupación natural de todo ciudadano por contar con funcionarios, no solo correctos y eficaces en el manejo de asuntos de Estado, sino con funcionarios que, al mismo tiempo, ostenten un alto grado de moralidad especialmente cuando de lo que se trata es del manejo del dinero público.

II. LA CRIMINALIDAD EN LA ÓRBITA DE LA ADMINISTRACIÓN. EL DELITO DE LOS PODEROSOS

El binomio «*funcionario público-delincuente*» ha existido desde siempre, en todas las épocas de la historia. Por ello se ha dicho alguna vez que, siempre donde hubo una fuente de poder económico y político, existió esta clase de criminalidad. Es una criminalidad que se mueve en el ámbito del abuso de poder político y económico.

De allí que las leyes penales procuran, de algún modo, a mi juicio no muy eficazmente, contener el embate de la delincuencia vinculada a los intereses del Estado tipificando diferentes conductas en extensos catálogos, tratando, al mismo tiempo, de tutelar el funcionamiento normal de la administración.

Todos los delitos que el Código penal dedica al funcionario público en su rol de administrador de los intereses del Estado están, de algún modo u otro, relacionados con su propia venalidad, pues ésta venalidad, además de contaminar el sustrato moral del ser personal, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en serio peligro la normalidad de su desenvolvimiento. Así sucede, p.ej. con el cohecho, especialmente en su modalidad «*admisión de dádivas en consideración al oficio*», tipicidad de bastante frecuencia en estos días; las diversas figuras de malversación de caudales y efectos públicos, entre las que se destacan por su habitual comisión el «*peculado de servicios*», esto es, el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero, de trabajos o servicios pagados por la administración; negociaciones incompatibles con la función pública; las exacciones ilegales y el enriquecimiento ilícito.

El fenómeno de la corrupción funcional no es propia de los tiempos modernos¹. El efecto corruptor del dinero, del poder y del afán de prestigio, destaca Olaizola Nogales, es una permanente en la historia, como es

¹ Conf. Aboso Gustavo Eduardo, «Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: aspectos esenciales de su configuración. El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas: la identificación del bien jurídico protegido», *Revista de Derecho Penal*, 2004-1, pag. 31 y sig., Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004; Reátegui Sánchez James, «Los delitos de corrupción de funcionario y criminalidad organizada», *Revista de Derecho Penal*, 2004-2, pp. 310 y ss., Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004.

consustancial a la condición humana el conflicto de intereses, e inseparable de la organización social la aparición de conductas divergentes de las pautas normativas². Muchos siglos antes de la era cristiana, los romanos idearon un orden jurídico que el tiempo se encargaría de consolidar en todo el mundo. Inclusive, hasta convertirse en la base sustancial del Derecho de Occidente. Ya en tiempos de aquel Derecho se procuró combatir la venalidad de los funcionarios instalados en los territorios conquistados, a través del «*Crimen repetundarum*», una especie de delito extraordinario que contemplaba las distintas especies de sobornos y exigencias dolosas a que fueron sometidos pueblos enteros durante siglos. El pueblo sometido, que soportó un periodo de extraordinaria corrupción moral y económica del imperio, solo tuvo a su alcance la tímida «*actio de pecuniis repetundis*», una acción de naturaleza civil mediante la cual se procuraba repetir lo ilícitamente entregado.

Paradójicamente, en los tiempos actuales, aquella preocupación romana por contener los vicios y ambiciones de sus funcionarios, se repite en las más importantes reuniones internacionales sobre la materia. El alto grado de soborno y corrupción, como manifestaciones típicas de la criminalidad funcional en los diversos organismos del Estado moderno, se ha convertido en la nota preocupante de esas reuniones científicas.

En el SEXTO CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE, celebrado en Caracas en septiembre de 1980, se trató especialmente en una de sus reuniones de trabajo el tema: «Delito y abuso de poder. Delitos y delincuentes fuera del alcance de la Ley». En el año 1985, éste mismo organismo internacional reunió en Milán lo más significativo de la ciencia penal y criminológica para tratar el tema: «La situación de las víctimas de delitos y abusos ilícitos de poder».

En ambas reuniones quedó reflejado, en cierto modo, la preocupación de la moderna ciencia penal por la actividad ilícita en la órbita del Estado.

² Conf. Olaizola Nogales Inés, «Los delitos contra la administración pública», *Nuevas Tendencias en Política Criminal, Una auditoria al código penal español de 1995*, pp. 361 y ss., Julio César Faira Editor, Buenos Aires-Montevideo, 2006.

Hasta no hace mucho tiempo, la atención de los criminólogos, de penalistas e, inclusive, de autoridades gubernamentales de numerosos países de la comunidad internacional, estuvo centrada principalmente en la lucha contra la delincuencia convencional. Sin embargo, en un mundo globalizado como el actual, de creciente internacionalización del trabajo, el comercio, el transporte y las comunicaciones, así como de una mayor interdependencia en todos los aspectos de la vida humana, todo indica que los abusos de poder económico y político pueden rebasar las fronteras nacionales y se convierten por ende, en una preocupación común. Esta preocupación —se ha dicho— ha rebasado los delitos ordinarios de agresión y robo y se ha hecho extensiva a los graves efectos de las actividades ilícitas de las empresas comerciales y mercantiles y a la corrupción de los funcionarios públicos. Las consecuencias de ciertos delitos económicos en perjuicio de la comunidad, olvidadas hasta ahora en algunos sistemas de control, podría ser muchos más graves que los efectos de la criminalidad tradicional, en torno a la cual se ha focalizado el aparato de justicia. En la actualidad, en cambio, han ganado terreno los estudios sobre los alcances, manifestaciones y costos del delito que —en feliz expresión de Sutherland— ha dado en llamarse «criminalidad de cuello blanco». Vale decir, que hoy por hoy, las miradas se dirigen hacia cierta clase de criminalidad, especialmente aquella que tiene su mejor hábitat en el sector de la economía y otros ámbitos estrechamente vinculadas a éste, dando lugar a ciertas formas de abuso de poder. Es precisamente dentro de ésta órbita (abusos de poder político y económico) —típica delincuencia económica de los países en vías de desarrollo—, donde suele recordarse la famosa máxima de Lord Acton: «el poder suele corromper, pero el poder absoluto corrompe absolutamente»³.

El crimen de cuello blanco, que abarca un enorme espectro delictivo, desde los más insignificantes delitos ecológicos hasta la delincuencia por medio de computadoras, toma cuerpo y nombre propio en la órbita de la administración del Estado moderno.

La actividad ilícita en este campo, que se manifiesta desde pequeños saqueos de bienes pertenecientes al Estado —pero que cometidos sistemáticamente y en gran número producen graves perjuicios al erario público—,

³ Lord Acton, *Historical Essays and Studies*, apéndice, Londres, 1907.

hasta los más grandes y costosos contubernios, provocan un verdadero deterioro, no sólo en el desenvolvimiento específico de la administración sino en la propia imagen del gobierno frente a sus gobernados.

Estos hechos, que generalmente permanecen impunes debido al poder que detentan sus autores, circunstancia que produce una verdadera inacción o indiferencia de los propios administrados en denunciarlos, determina que grandes sectores de la población sean víctimas potenciales y reales sin que sea posible determinar inclusive, el daño que sufre cada individuo. Ejemplos de estos hechos ilícitos son los grandes fraudes en la construcción de viviendas populares, que se cometen con la aquiescencia de funcionarios corruptos; la contaminación progresiva del ambiente natural, (en aquellos países que tienen previsto el delito ecológico en el código penal), facilitada por la negligencia o la omisión funcional deliberada o intencional de agentes del Estado; el soborno, que posibilita la realización y concreción de ciertas medidas administrativas en perjuicio de la colectividad, etc.

Los autores de estos delitos a menudo se escudan en el poder y la situación de privilegio de que gozan para evitar ser enjuiciados y sancionados.

En la actualidad, ya no se discute entre los expertos que el fenómeno de la delincuencia no se circunscribe a los estratos sociales de más bajos recursos. El delito ha dejado de ser patrimonio de los pobres o de los elementos indeseables de ciertos sectores de la comunidad. La delincuencia es un fenómeno sociocultural que se produce en todos los niveles sociales, tanto entre los sectores más carenciados como entre las clases más altas y privilegiadas. Es, precisamente, entre éstas últimas en donde tienen su asiento aquellas infracciones que son cometidas, al decir de Rico, exclusivamente por personas de alto nivel socioeconómico, acomodadas, de buena reputación, que se relacionan con sus propias actividades profesionales y suponen la violación de ciertas reglas legales o no legales⁴. Los delitos contra la administración pública se enmarcan en éste ámbito y sus autores, en la gran mayoría de los casos, pueden ser denominados mediante aquella clásica expresión: «*los fuera del alcance de la ley*».

⁴ Conf. Rico José M., *Crimen y Justicia en América Latina*, 2^{da}.edición, pág. 163, Siglo XXI Editores, México, 1981.

III. LOS ABUSOS DE PODER: POLÍTICO Y ECONÓMICO

Todos sabemos que el poder es imprescindible para el funcionamiento de la sociedad y que debe ser utilizado legítimamente con tal fin. Sin embargo, todos también sabemos que es posible abusar de él y, a su sombra, cometer un sinnúmero de delitos.

El abuso de poder se puede manifestar en estos dos aspectos: 1) en el uso del poder para evitar que se impongan sanciones o controles legales a determinados tipos de comportamientos que pueden darse a niveles elevados del orden socioeconómico y político, y 2) en su uso para evitar el enjuiciamiento de delincuentes que ocupan cargos elevados, inclusive, cuando se trata de delitos ordinarios (Conf. sexto congreso cit.)

Existen diversas tipologías para clasificar los delitos que entrañan abuso de poder. Pero, resultaría verdaderamente imposible identificar a todos y describir sus características, ya que ellas varían según las condiciones políticas y socioeconómicas prevalecientes.

El abuso de poder puede manifestarse en el plano político o en el económico, en el ámbito privado o en el público (Conf. Sexto Congreso cit.).

El abuso de poder político puede tener por objetivo obtener beneficios económicos o promover metas políticas indebidas. El abuso de poder económico, puede tener fines políticos perjudiciales para la sociedad o bien perseguir beneficios económicos determinados.

Se puede abusar del poder con fines corruptos, aunque también por medios corruptos se pueden alcanzar fines loables. Estos tipos de abusos son, generalmente, llevados a cabo intencionalmente. Pero también en otras ocasiones el daño puede ser el producto de un comportamiento negligente.

Entre las principales formas de abuso de poder se encuentran, según ya vimos, el soborno y la corrupción.

Estos delitos pueden integrar una vasta categoría en la que se entremezclan intereses de poderosos grupos económicos y funcionarios estatales, beneficiando a unos pocos y causando estragos entre las clases populares mayoritarias. Cabe aquí recordar los términos de la conferencia de prensa ofrecida por el presidente John F. Kennedy a los industriales del

acero en 1962, cuando expresó: «el minúsculo grupo de ejecutivos del acero cuya búsqueda del poder personal y del lucro sobrepasa su sentido de la responsabilidad pública, muestra un total desprecio hacia los intereses de 185 millones de americanos».

Entre estos abusos de tipo económico pueden citarse el fraude fiscal, crediticio o aduanero; las malversaciones y estafas de las más variadas especies, especialmente referidas a bienes raíces; el uso indebido de subsidios públicos; la contaminación del ambiente natural; la fuga ilícita de capitales; las autorizaciones para la comercialización de productos peligrosos para la salud de la población, especialmente en los rubros alimentos y medicinas, el lavado de dinero y, en la actualidad, el soborno transnacional, delito que en Argentina fuera incorporado por la Ley de Ética Pública N° 25.188 (art. 258 bis del cód. penal)⁵.

En el XI CONGRESO INTERNACIONAL DE DEFENSA SOCIAL, celebrado en Buenos Aires en octubre de 1986, se puso nuevamente de relieve la gravedad de la delincuencia por abusos de poder. En el Relato General para América Latina, el profesor Zaffaroni expresó que la invulnerabilidad de las conductas criminales del poder es casi absoluta. Los mecanismos ilícitos por medio de los cuales se opera la descapitalización, o sea, «fuga» de capitales, sobrefacturaciones, ilícitos cambiarios, corrupción de funcionarios de alto nivel, etc., prácticamente son impunes. Cuando eventualmente se produce alguna criminalización, ésta tiene un «mero *valor simbólico*» y suele caer sobre quienes ya no resultan funcionales al poder que previamente se valió de ellos, sobre quienes al margen del poder invulnerable pretendieron medrar con la coyuntura reservada al mismo sobre personajes menores o sacrificables, pero, en cualquier caso, las aisladas y eventuales criminalizaciones no contienen el fenómeno ni tienen idoneidad alguna para contenerlo. Nuestros sistemas penales latinoamericanos son absolutamente incapaces de tocar mínimamente la invulnerabilidad de la criminalidad internacional del poder pues es el propio poder central el que regula la vulnerabilidad en éste género de criminalidad. Existen casos en que la criminalidad manifestada por los abusos de poder transpone las

⁵ Confr. Buompadre Jorge Eduardo, *Derecho Penal, parte especial*, t.3, pp. 232 y ss, Editorial Mave, Corrientes, 2003.

fronteras nacionales. Son los casos de internacionalización de la delincuencia que manipula el control del aparato del estado⁶.

Resulta también importante destacar que, entre las diversas formas de abusos de poder tienen especial relevancia ciertos delitos tradicionales en el ámbito de la administración pública, de entre los cuales puede mencionarse los malos tratamientos a personas privadas de su libertad personal, las torturas y apremios ilegales, y otros abusos funcionales relacionados con la libertad de los individuos y su derechos fundamentales.

IV. FACTORES QUE ESTIMULAN LA DELINCUENCIA

Entre los diversos factores que favorecen esta clase de criminalidad, está lo que ha dado en llamarse «teoría de la oportunidad del delito», es decir, que el hecho de ejercer considerable poder brinda también considerables oportunidades de participar en delitos lucrativos.

Otra condición favorable es la importancia que se asigna al poder y al éxito material como fuente de la situación que ocupa el individuo en la sociedad. Cuando el uso legítimo del poder no permite el acceso a metas políticas y bienes materiales codiciados, puede ocurrir que se abuse del poder a fin de obtener lo que se desea. Todo esto y muchas otras circunstancias, refuerzan la tentación de aprovechar un puesto directivo o público, o una oportunidad política, para tomar un atajo ilícito hacia la «buena vida» (Conf. Sexto Congreso cit.).

Un motivo fundamental para la difusión de estas prácticas ilícitas es la ineficiencia e inoperatividad del sistema de respuestas del Estado, entre los que se destaca el sistema de la justicia penal. A estas deficiencias del sistema judicial penal deben sumársele otros dos factores importantes: la poca gravedad de las sanciones y la inoperancia de ciertos funcionarios del sistema judicial para llevar adelante ese mecanismo de respuestas.

Un ejemplo de esto último puede ser el Ministerio Público, que en nuestro país, en el orden nacional, tiene rango constitucional (art. 120 C.N.), en tanto que tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal pública

⁶ Conf. Beiderman Bernardo, «Dimensiones criminológicas», *XI Congreso Internacional de Defensa Social*, cit.

(órgano de persecución penal), quien alguna veces actúa con verdadera negligencia o indiferencia ante la noticia de hechos de esta clase que conmueven a la opinión pública por su trascendencia y montos económicos en juego, al no formular la pertinente requisitoria de instrucción penal (acusación), pero otras veces lo hace por presiones políticas, soborno, o por el deseo de proteger al colega o al amigo que ocupa un elevado puesto (conf. Sexto Congreso cit.).

Lo cierto es que, cualquiera sea la forma del abuso de poder, su intención y efectos son utilizar la autoridad que confiere un cargo para obtener un beneficio personal a expensas del bien público.

Uno de los graves problemas que se presentan en la realidad de estos delitos es, precisamente, la escasa posibilidad de su descubrimiento y posterior enjuiciamiento. A las causas referidas anteriormente (poder político y económico que ostenta su autor) muchas de ellas se desarrollan a través de un sistema de gran complejidad, cuya detección y prueba requieren, a su vez avanzados sistemas de información y tecnología. El engaño, el ocultamiento o destrucción de las pruebas también suelen ser una fuente de dificultades, a veces insuperables, que agravan considerablemente el problema. Esto es lo que suele ocurrir con los llamados delitos económicos, entre los que destacan fraudes alimentarios, la alteración del medio ambiente la piratería informática, la delincuencia empresarial, el dumping de productos farmacéuticos, etc.⁷.

Aquellos países que han tipificado los delitos contra el medio ambiente (España, Alemania, Paraguay, Brasil, etc.) se han visto en serias dificultades para detectar y comprobar esta clase de ilícitos especialmente en aquellos casos en que el factor contaminante transpone fronteras de varios Estados. Este tipo de delitos muchas veces ni son denunciados, pues ni siquiera las propias víctimas advierten que han sido objeto de un abuso. En la Argentina, que no tiene previsto una descripción penal sobre el medio ambiente natural, la indiferencia con que se trata el problema desde las más altas esferas del poder, es un claro ejemplo de responsabilidad administrativa (o civil indirecta) del funcionario público.

⁷ Confr. Cuarto Seminario Internacional de Delitos de Cuello Blanco, México, 1981.

La investigación de estos delitos debe ser necesariamente técnica, lo que lleva, obviamente, la carga de un considerable costo financiero. A todas estas dificultades, debe sumársele la inoperatividad de un sistema judicial cargado de trabajo, con pocos empleados (muchos de ellos mal preparados), desarrollando sus tareas en condiciones precarias y lamentables, muy distinto a la situación del funcionario quién, en el confort de su despacho, perpetra el hecho ilícito en un ambiente climatizado y con todos los recursos a su disposición. Es bajo estas condiciones que el sistema judicial penal debe hacer frente a ese binomio *«funcionario-corrupto, empresario-corrupto»*, cuya sociedad cuenta con todos los medios adecuados (contadores, abogados y recursos humanos y tecnológicos) para sortear toda investigación penal que pretenda inmiscuirse atrevidamente en su pingüe actividad lucrativa.

Sin embargo, pese a todo, el código penal tiene su propio sistema de respuestas. Contempla un catálogo de figuras delictivas dirigidas a tutelar los intereses del Estado y el regular e imparcial desenvolvimiento de la administración. En el marco de esta misión, el derecho penal tiene en este aspecto una doble función: una función tutelar de intereses estatales y una función garantista del normal y correcto desenvolvimiento de todos los sectores administrativos del Estado.

V. EL DELITO CONVENCIONAL EN EL AREA DEL ESTADO. ESPECIAL REFERENCIA A LA «VENTA DE HUMO»

Entre los delitos convencionales de más frecuente comisión en la órbita del Estado, pueden mencionarse el incumplimiento de los deberes de funcionarios públicos, el cohecho, la malversación de caudales públicos, el enriquecimiento ilícito, el fraude fiscal, en sus modalidades mas comunes de simple estafa al erario publico o el fraude en los materiales de construcción de viviendas, caminos, edificios públicos, restauración de rutas, o lugares públicos, etc., y la conocida como «venta de humo».

La venta de humo, de antiguo origen itálico, de estructura similar al llamado «trafico de influencia» de la legislación francesa (para obtener un empleo o una concesión gubernamental, licencias o beneficios resultantes de tratados concluidos con la autoridad publica), se caracteriza por un doble aspecto: porque se asienta en una falsedad acerca de una influencia que no se posee, y porque corrompe los estratos funcionales de la adminis-

tración al formar una idea errónea entre los administrados, sobre la existencia de un pacto venal entre el funcionario público que debe tomar la decisión y el testaferro o personero que trafica ilícitamente con la supuesta influencia, poder, amistad o vínculos familiares que lo unen a aquél.

Este delito fue elaborado por los prácticos sobre las bases dejadas por el derecho imperial romano e introducido en la legislación italiana por el código napolitano de 1819 y reglamentado por el código toscano de 1854, del que pasó luego al código penal de 1889⁸. Los vendedores de humo fueron conocidos también con el nombre de «asiduos» (o favoritos) por su ostentación de familiaridad con el soberano y andar vendiendo protección o promesas, o «sicofantes» (o mentirosos), por jactarse de poseer influencia de que en verdad carecían⁹.

Actualmente, este delito está previsto en Código Penal Italiano en el art. 346 bajo la denominación de «Millantato credito» (que literalmente significa «crédito alardeado o jactado», pero que debe entenderse como «simulación de crédito»), por el que se castiga con una reclusión de 1 a 5 años y multa, a quien simulando influencia frente a un funcionario público o ante un empleado público que preste algún servicio público, recibe o hace dar o prometer, para sí o para otro, dinero u otra utilidad, como precio de propia mediación ante ese funcionario o empleado público.

La doctrina ha ensayado diversas soluciones para distinguir esta peculiar especie delictiva de otros tipos de fraudes con los cuales tiene similares características, p. ej. la estafa por «influencia mentida» del art. 172 y la estafa mediante «pretexto de supuesta remuneración a jueces u otros empleados públicos», prevista en el art. 173 inc. 10. Así también el «cohecho pasivo» del art. 256. Sin embargo, en nuestra opinión, algunas de estas soluciones no solo no son correctas, sino que conducen a crear mayor confusión que la que se pretende dilucidar. Eusebio Gómez, p. ej. ha dicho en su día que la venta de humo, a la manera del texto italiano, no

⁸ Conf. Maggiore Giuseppe, *Derecho penal, parte especial*, Vol.3, pag. 279, Editorial Temis Bogotá, 1972.

⁹ Conf. (conf. Maggiore, op. y lug. cit.; Carrara F. *Programa de Derecho Criminal*, vol. V. t. 7 p.135 y ss., ed. Temis Bogotá, 1972; del mismo *Opúsculo de Derecho Criminal*, vol.3, p. 397 y ss., Temis 1978).

estaba reprimida por la ley argentina¹⁰. Esta conclusión no es exacta. La venta de humo no está reprimida en el Código argentino como título especial de delito contra la administración pública (p.ej. no puede encuadrar en el cohecho pasivo por uso de influencia derivada del cargo, porque en este supuesto la influencia no es mentirosa, sino real), pero ello no quiere decir que no encuadre en otra descripción típica, como la estafa del art. 172¹¹. La diferencia con la estafa prevista en éste precepto legal estaría dada, por un lado, por el distinto bien jurídico comprometido en una u otra hipótesis y, por otro lado, por la circunstancia de que la influencia mentida del art. 172 puede prometerse a cualquier persona, sea o no funcionario público, mientras que en la venta de humo la simulación del crédito lo es solo frente a un funcionario público o empleado que preste algún servicio público. Con la figura del art. 173 inc. 10 la diferencia radica en que en esta hipótesis no se hace valer ni se promete hacer valer ninguna influencia, ni real ni simulada, sino que solo se afirma falsamente que se remunerará a un juez o empleado público, sin que el pago llegue a concretarse, pues si se llegara a concretar el hecho se desplazaría a la figura de cohecho activo prevista en el art. 258. En suma, la tipología prevista en la legislación italiana como venta de humo, a título de delito contra la administración pública, en nuestro derecho configurará una hipótesis de fraude por medio de influencia mentida del art. 172 del Código Penal.

¹⁰ Conf. Gómez Eusebio, «La venta de humo», *Revista de Derecho Penal*, p.215 y ss. Año V, Bs. As., 1949.

¹¹ Conf. Buompadre Jorge Eduardo, *Estafas y otras defraudaciones*, pag. 98 y sig., LexisNexis, Buenos Aires, 2005; Nuñez *Derecho Penal Arg.*, t.v, p.321 y ss., especialmente en nota 143, ed. Bibliografica Argentina, 1976.

PARTE II

Parte Especial y
Cuestiones de Derecho procesal penal

APROXIMACIÓN AL DELITO DE COHECHO EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO¹

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

I. INTRODUCCIÓN

Pocas veces se ha escuchado hablar tanto del fenómeno de la corrupción como en el último tiempo. Algunos procesos penales recientes seguidos en contra de conocidos funcionarios públicos han convertido este problema en importante objeto de preocupación de la comunidad. La corrupción en el ámbito de las funciones públicas presenta un alto grado de impacto, no sólo porque conduce a una frustración de las expectativas de los ciudadanos, quienes esperan que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad en el ejercicio de sus cargos, sino también porque posee una gran capacidad para socavar las bases del sistema político imperante². Sin embargo, no debe creerse que se trata de un fenómeno presente sólo en el ámbito público. También en el sector privado existe corrupción, atendido el hecho de que ésta conduce a infringir deberes que pueden tener su fuente, tanto en disposiciones legales, como contractuales³. Con

¹ Salvo pequeñas modificaciones, este texto corresponde a mi trabajo publicado en la Revista de Estudios de la Justicia, del Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, n° 5, año 2005, pp. 83 a 115, bajo el título «Aproximación al delito de cohecho».

Para facilitar la tarea al lector, he incluido al final del texto un anexo con las disposiciones chilenas citadas a lo largo del trabajo.

² En este sentido, cfr. OSSANDÓN WIDOW, *Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte N° 10, año 2003, p. 161.

³ Cfr. SABÁN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 15: «Esto nos llevaría sin más a una conclusión incontestable que, sin embargo, en

todo, no es difícil constatar que la corrupción en el ámbito privado no provoca tanta alarma como en el sector público.⁴ Es quizás esa la razón por la cual el legislador se ha preocupado más de la corrupción en el ámbito público⁵.

Esta especial preocupación por la corrupción en el sector público se tradujo en la dictación de la ley N° 19.645, publicada en el Diario Oficial del 11 de diciembre de 1999, que, básicamente, introdujo una serie de modificaciones en el título V del libro II del Código Penal. La propia denominación con que esta ley fue publicada («*Ley num. 19.645. Modifica disposiciones del Código Penal que sancionan delitos de corrupción*») demuestra que para el legislador el problema de la corrupción se centra en el ámbito público, dado que sólo se hicieron cambios en la regulación de los delitos cometidos por empleados públicos. Además, esta ley tuvo como importante antecedente la Convención interamericana contra la corrupción, adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996, aprobada por el Congreso Nacional en septiembre de 1998 y promulgada mediante Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 1879, del 29 de octubre de 1998, que se publicó en el Diario Oficial de fecha 2 de febrero de 1999. En el artículo VI de la Convención se mencionan los actos de corrupción a los cuales les será aplicable aquélla, los que presentan la particularidad de ser

pocas ocasiones se liga al concepto de corrupción. Nos referimos a su existencia en el ámbito privado. El empleado que monta negocios paralelos a aquéllos en que trabaja por cuenta ajena, desviando así la potencial clientela de éste, es un empleado corrupto. Igual sucede con quien facilita información a la competencia y obtiene por ello un beneficio personal. Ya desde este momento podemos afirmar que las causas de corrupción son las mismas y que la cuantía de los casos no tiene por qué ser sustancialmente distinta. Téngase, además, en cuenta que tras todos los casos de corrupción pública existe una complicidad privada. Como tendremos ocasión de afirmar, lo corrupto es un entorno social sin distinción alguna entre lo público y lo privado». Sobre el fenómeno de la corrupción en el sector privado puede verse también FERRERÍA DELGADO, *Delitos contra la Administración Pública*, 2ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1985, pp. 79 y 81.

⁴ Así, RODRÍGUEZ COLLAO / OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 35, quienes señalan que ello se debe a que la corrupción en el sector privado resulta menos atractiva para los medios de comunicación y para la industria política.

⁵ Sobre el tema global de la corrupción puede verse BAILLÉN, *Corrupción política*, Ed. Acrópolis – Ed. Jurídica Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994.

realizados por funcionarios públicos, circunstancia que viene a confirmar la señalada tesis⁶.

Dentro del complejo fenómeno de la corrupción en el sector público, el delito de cohecho aparece como una de sus manifestaciones más importantes. En efecto, cuando se habla de la corrupción, tradicionalmente, se piensa en el cohecho como uno de los delitos más paradigmáticos, junto con el tráfico de influencias⁷. Tanto es así que, incluso, en el Código Penal español de 1995, la única disposición que alude a la idea de corrupción

⁶ Art. VI de la Convención Interamericana contra la corrupción: «*Artículo VI. Actos de Corrupción.*

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.»

⁷ Cfr. BUONPADRE, *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Mave, Buenos Aires, 2001, p. 179: «Los delitos de cohecho y tráfico de influencias, en sus diversas manifestaciones, se han convertido en el paradigma penal, dentro del amplio espectro que comprende la problemática de la corrupción instalada en la función pública». En el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El delito de cohecho*, en VV.AA., *Delitos contra la Administración Pública*, edición al cuidado de Adela Asúa Batarrita, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 161.

—salvo la que se refiere a la corrupción de menores e incapaces— es el art. 423.1, que, precisamente, tipifica una figura de cohecho⁸. Ilustrativo resulta también constatar que en el Perú, la regulación del cohecho se encuentra contenida dentro de la sección IV del capítulo II del título XVIII del libro II del Código Penal, sección que se denomina, precisamente, «Corrupción de funcionarios».

La finalidad de este trabajo es efectuar algunas consideraciones acerca del delito de cohecho, a partir de la regulación establecida con la mencionada ley N° 19.645, considerando también las modificaciones introducidas con la ley N° 19.829, publicada en el Diario Oficial del 8 de octubre de 2002⁹, y tomando en cuenta opiniones de la doctrina nacional y extranjera, especialmente la española.

II. CONCEPTO

Para elaborar cualquier concepto suele resultar útil analizar el origen etimológico de las palabras. Sin embargo, en el caso del cohecho el uso de esta herramienta plantea de inmediato una dificultad, porque los autores no están de acuerdo en la determinación de la raíz etimológica del término «cohecho». En efecto, mientras por un lado, hay quienes creen que deriva de la voz latina *conficere* (en latín vulgar *confectare* y en castellano antiguo —siglo XIII— *confeitar*), equivalente a sobornar o corromper a un funcionario

⁸ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho Penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)*, en VV.AA., *El nuevo Código Penal: propósitos y fundamentos*, Libro Homenaje al profesor Dr. Ángel Torío López, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 868.

Art. 423.1 del Código Penal español: «Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos».

⁹ Esta última ley introdujo importantes cambios en esta materia. Por un lado, agregó dos nuevos artículos al Código Penal, el 250 bis A y el 250 bis B, con el fin de cumplir la obligación contraída por el país como adherente de la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y tipificar un nuevo delito de soborno transnacional. Por otro, modificó la regulación del cohecho del particular. En el presente trabajo no analizaré el soborno transnacional. Para su estudio puede verse OLIVER CALDERÓN, *Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (ley N° 19.829)*, en Revista Chilena de Derecho, volumen 30 N° 1, año 2003, Sección Estudios, pp. 39 y ss.

público¹⁰, por otro, hay quienes piensan que procede del vocablo latino *coactare*, es decir, forzar, obligar, compeler, lo que obedecería a que, en un principio, el hecho realizado pudo revestir la idea de fuerza¹¹. Esta falta de consenso en la doctrina obliga a desechar el recurso etimológico, al momento de intentar elaborar un concepto de cohecho.

En cualquier caso, prescindiendo de consideraciones etimológicas, es posible constatar en la doctrina algunos conceptos de cohecho que se han propuesto. Es el caso, por ejemplo, de Francesco Carrara, quien afirmaba, en una ya clásica definición, que el cohecho consiste en la «venta que de un acto perteneciente a sus funciones, y que por regla general debería ser gratuito, le hace un funcionario público a una persona privada»¹². Desde ya debo señalar que esta definición no resulta aplicable a nuestra regulación del cohecho, por las siguientes razones. En primer lugar, porque pone el acento en sólo uno de los sujetos intervinientes —el funcionario—, desconociendo que también puede haber cohecho únicamente con actividad del otro —el particular—. En segundo término, porque para que haya cohecho no es necesario que el funcionario reciba prestación alguna. Y en tercer lugar, porque puede haber cohecho aun tratándose de actos por los cuales sea necesario pagar derechos.

Por otro lado, José Antón Oneca y José Arturo Rodríguez Muñoz, siguiendo a Giuseppe Maggiore, han definido al cohecho como «el hecho de aceptar el funcionario público una retribución no debida, entregada o prometida en consideración a actos de su oficio»¹³. Esta definición tampo-

¹⁰ Así, RODRÍGUEZ RAMOS, *Transfuguismo retribuido y cohecho*, en *Actualidad Penal* 1994-1, p. 441; CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1999, p. 191; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho Penal, poderes públicos y negocios...*, cit., p. 870.

¹¹ En este sentido, CASAS BARQUERO, *Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español*, en *Documentación Jurídica* N° 19, 1978, p. 200.

¹² CARRARA, *Programa de Derecho criminal. Parte especial*, vol. V, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, 4ª edición revisada, Ed. Temis, Bogotá, 1993, parágrafo 2545, p. 94.

¹³ ANTÓN ONECA / RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, Madrid, 1949, tomo II, p. 214, citado por ETCHIBERRY, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo IV, 3ª edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 252.

co parece adecuada para la regulación que de este delito se contiene en nuestro Código Penal. En primer término, porque –al igual que la definición anterior– sólo alude al funcionario, omitiendo toda referencia al particular. Y en segundo lugar, porque el delito se configura no sólo cuando el funcionario se limita a aceptar una retribución ofrecida por el particular, sino también cuando toma la iniciativa y solicita dicho beneficio.

También Enrique Casas Barquero ha dado un concepto de cohecho, señalando que consiste en «la conducta, activa o pasiva, realizada por un funcionario público que, en virtud de una remuneración económica, tiende a incumplir sus deberes para con el Estado, así como la conducta, activa o pasiva, del particular que, mediante una retribución de carácter económico, trata de conseguir que un funcionario público quebrante el cumplimiento de los deberes que al mismo son impuestos por razón del ejercicio del cargo»¹⁴. Esta definición resulta mucho más acorde con la regulación del delito de cohecho contenida en el Código Penal. Sin embargo, no me parece totalmente satisfactoria, toda vez que pone el acento en el incumplimiento de los deberes del cargo por parte del funcionario público, en circunstancias que, de todas las figuras típicas de cohecho contempladas en los artículos 248 y siguientes de nuestro Código Penal, en sólo una –la descrita en el artículo 248 bis– se hace alusión a la ejecución de un acto con infracción a los deberes del cargo.

Finalmente, Inmaculada Valeije Álvarez ha definido al cohecho como «un trato o pacto o un intento de llevarlo a cabo entre funcionario y particular que tiene por objeto el ejercicio de una función pública, de tal forma que la función pública en aras de ese pacto o convenio se coloca al servicio de intereses particulares que pueden entrar gravemente en colisión con los intereses públicos. La esencia del delito de cohecho es desde luego individualizable en el libre convenio al que pretenden llegar funcionario y particular, convenio que tiene por objeto la venta a cambio de un precio de las facultades jurídicas o *de facto* que el cargo confiere al funcionario y se concreta por este motivo en un tráfico ilícito de la función pública»¹⁵. Si bien esta definición parece bastante acertada, no creo que permita explicar

¹⁴ CASAS BARQUERO, *Observaciones técnico-jurídicas...*, cit., p. 200.

¹⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Ed. Edersa, Madrid, 1995, p. 47.

todas las situaciones que en nuestra legislación penal reciben el nombre de cohecho. Porque, por ejemplo, si un funcionario público ejecuta un acto debido propio de su cargo, en razón del cual no le están señalados derechos, cumpliendo todas las disposiciones pertinentes, y después de realizarlo solicita un beneficio económico a un particular por haberlo ejecutado, estarán satisfechas las exigencias típicas del cohecho del artículo 248 del Código Penal, a pesar de que no se podría decir que en un caso así la función pública se haya colocado al servicio de intereses particulares ni que se haya concretado un tráfico ilícito de la función pública, toda vez que ésta ya se habrá ejercido previamente conforme a los intereses públicos. En otras palabras, la definición en análisis no permite explicar las hipótesis de cohecho subsiguiente, a las que aludiré más adelante.

También la jurisprudencia ha intentado definir al cohecho. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo español ha dicho que este delito consiste en «la corrupción de un funcionario realizada mediante precio y con el fin de ejecutar un hecho opuesto al cumplimiento de los deberes oficiales inherentes al ejercicio del cargo»¹⁶. Algunas de las razones esgrimidas para criticar las anteriores definiciones pueden ser reiteradas aquí, teniendo a la vista la regulación del cohecho contenida en el Código Penal. En efecto, por un lado, sólo se está haciendo alusión al funcionario, omitiendo toda referencia al particular y, por otro, se está poniendo el acento en el incumplimiento de los deberes del cargo. Pero eso no es todo. Esta definición sólo alude a la ejecución de un acto por parte del empleado público, sin hacer referencia a la omisión de un acto debido propio de su cargo.

Con todo, tras examinar la bibliografía básica existente en materia de cohecho, me llama poderosamente la atención el hecho de que, en general, los autores se han mostrado reacios a dar un concepto unitario de este delito. Quizás la explicación esté en que la propia regulación legal del cohecho fue por años un tanto confusa¹⁷, lo cual puede haber contribuido

¹⁶ *Vid.* SSTs de 12 de junio de 1940, 29 de abril de 1947 y 2 de noviembre de 1962, citadas por VALEJJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., p. 44, nota 26.

¹⁷ Cfr. la crítica en el sentido del texto, para la regulación española del delito de cohecho, de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho Penal, poderes públicos y negocios...*, cit., p. 869.

a que los intentos doctrinales se hayan limitado a señalar los rasgos comunes a los distintos tipos penales que se engloban bajo esta denominación¹⁸.

Por mi parte, con el único objeto de invitar a la discusión doctrinal sobre el punto, y a partir de la regulación del cohecho en nuestro Código Penal, me atrevo a definir este delito como la conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste.

III. CLASIFICACIÓN

Según cuál sea el punto de vista desde el cual se le considere, el delito de cohecho admite varias clasificaciones, entre las cuales destacan las siguientes:

1. Cohecho activo y cohecho pasivo

Ésta es, tal vez, la clasificación más usada por los autores.¹⁹ Tradicionalmente, se ha reservado la expresión cohecho activo para aludir a la conducta del particular que corrompe al funcionario público y la expresión

¹⁸ Cfr. VALLEJO ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 43 y s., quien en defensa de los vanos intentos doctrinales señala que «aquel cometido se torna escabroso y difícil. La propia regulación legal constituye el primer escollo a superar. La generosidad y variedad con que el Código Penal describe las conductas típicas que pueden dar lugar a este delito (tanto pasivo como activo) es el primer dato que abona la confusión a la hora de establecer un concepto claro y preciso. A ello se añade la vetustez y obsolescencia de los términos empleados en su redacción, que contrasta con la claridad y sencillez con que están descritos al menos la mayor parte de los restantes tipos penales. [...] Es la propia estructura y redacción de los tipos penales del cohecho la que actúa, por así decirlo, como un telón de fondo, que impide vislumbrar cuál es la auténtica esencia del delito en estudio y, consecuentemente, cuál es la verdadera razón de su represión en el Código Penal. Prueba de ello es que [...] la doctrina hasta el momento no ha sido capaz de aportar un concepto que lo defina sencillamente y con la suficiente claridad. De ahí que se haya señalado que todos los intentos dirigidos a este fin estén, por lo general, llamados al fracaso; y que, más que definiciones, lo que pueden indicarse, a manera de conceptos generales, son aquellos escasos elementos comunes a las distintas formas típicas previstas por nuestro Código Penal vigente».

cohecho pasivo para hacer referencia al funcionario que se deja corromper.²⁰

La adopción de esta nomenclatura tuvo una explicación histórica. En efecto, en España, hasta antes de la reforma legal de 1944, sólo se sancionaba a título de cohecho al funcionario que recibía o aceptaba dádivas (se dejaba corromper) y al particular que las ofrecía (corrompía).²¹ En otras palabras, se castigaba una conducta pasiva del funcionario y una activa del particular. Así las cosas, no había ningún obstáculo para denominar cohecho pasivo al que cometía el empleado y cohecho activo al que realizaba el particular. Sin embargo, tras la mencionada reforma, se tipificó como cohecho del funcionario una conducta activa, consistente en solicitar dádivas o presentes, y como cohecho del particular una conducta pasiva, consistente en aceptar dar dádivas o presentes solicitados por el funcionario. Como se comprenderá, a partir de entonces perdió sentido la nomenclatura utilizada, toda vez que no parece correcto usar la expresión cohecho activo para aludir a una conducta pasiva de un particular, y la expresión cohecho pasivo para hacer referencia a un comportamiento activo de un funcionario²². Lo mismo ha ocurrido en el caso de Chile. Con la modificación hecha por la ley N° 19.645, se tipificó como una forma de cohecho activo una conducta pasiva, consistente en que el particular consienta en

¹⁹ CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos...*, cit., p. 192.

²⁰ Cfr. LABATUT GLENA, *Derecho Penal*, tomo II, 7ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 90; ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., tomo IV, p. 252.

²¹ Vid. VALLEJO ÁLVAREZ, *Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)*, en *Revista General de Derecho*, junio 1994, pp. 6519 y ss.

²² Cfr. la crítica, en el sentido del texto, de CASAS BARQUERO, *Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas*, en *Estudios Penales. Libro homenaje al profesor José Antón Oneca*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 655 y s.; El MISMO, *Observaciones técnico-jurídicas...*, cit., pp. 206 y s.; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 84, nota 243; GIMENO LAHOZ / CORBIELLA HERREROS, *Comentarios sobre el delito de cohecho*, en VV.AA., *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*, coordinado por C. Ganzenmüller, J. I. Escudero y J. Frigola, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 72: «...esta terminología resulta un tanto equívoca, al no tener en cuenta quién de los dos ha tomado la iniciativa corruptora».

dar a un empleado público un beneficio económico, y como una forma de cohecho pasivo un comportamiento activo, que consiste en que el funcionario solicite un beneficio económico o mayores derechos que los que le están señalados por razón de su cargo. Al igual que en el caso español, la terminología utilizada se ha desnaturalizado. Por eso creo que sería más correcto hablar, simplemente, de cohecho del funcionario público y de cohecho del particular, distinguiendo en uno y otro caso entre comportamientos activos y pasivos. Así, habría cohecho activo del empleado público, cohecho pasivo de éste, cohecho activo del particular y cohecho pasivo de éste. Ésta será la terminología que emplearé en este trabajo²³.

2. Cohecho antecedente y cohecho subsiguiente

Es ésta una clasificación que no goza de tanta fama como la anterior. Con la expresión cohecho antecedente se quiere aludir a aquella situación en la que el beneficio económico se solicita, ofrece, acepta o consiente en dar para la ejecución de un acto futuro por parte del empleado público. En cambio, la expresión cohecho subsiguiente hace referencia a los casos en que el beneficio económico se solicita, ofrece, acepta o consiente en dar como recompensa por un acto ya realizado por el funcionario²⁴.

En la falta de una mayor difusión de este criterio de clasificación, probablemente, ha influido el hecho de que no en todos los países la regulación del delito de cohecho admite esta distinción. Es el caso, por

²³ Tal vez por la fuerza de la costumbre y por lo arraigado que está el uso de la nomenclatura que critico en el texto, se ha seguido utilizando la expresión «cohecho pasivo» para aludir al que comete el funcionario público y la frase «cohecho activo» para hacer referencia al que realiza el particular, aun después de la ley N° 19.645. Es el caso, por ejemplo, de MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Ed. Universidad de Talca, Talca, 2001, pp. 202 y ss., y de mí mismo, en OLIVER CALDERÓN, *Últimas modificaciones...*, cit., pp. 39, 42, 48 y ss.

Por las razones que señalo en el texto, me llama la atención el hecho de que en el Código Penal peruano se sancionen bajo el nombre de «corrupción pasiva», comportamiento tanto activos (*solicitar* donativo, promesa o cualquier otra ventaja) como pasivos (*aceptar* donativo, promesa o cualquier otra ventaja) (art. 395).

²⁴ Cfr. CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos...*, cit., p. 193; CASAS BARQUERO, *Algunos aspectos...*, cit., p. 656; EL MISMO, *Observaciones técnico-jurídicas...*, cit., p. 207.

ejemplo, de Colombia, en cuyo Código Penal no se encuentra tipificado el cohecho subsiguiente.

Algunos autores afirman que el castigo del cohecho subsiguiente no se encuentra del todo justificado desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico, y que su punición se debe únicamente a una razón político-criminal, cual es la sospecha de un pacto previo de pago por el servicio, cuya existencia resulta difícil probar²⁵. Más adelante expondré mi opinión sobre este punto.

En el caso de Chile, la distinción entre cohecho antecedente y subsiguiente resulta procedente, toda vez que los artículos 248 y siguientes del Código Penal, en general, se ponen tanto en la situación en que el beneficio económico solicitado, aceptado u ofrecido sea *para ejecutar u omitir* un acto, como en la situación en que el beneficio se solicite, acepte, ofrezca o consienta en dar *por haber ejecutado u omitido* un acto. Sin embargo, como veremos luego, en el cohecho de funcionario público del artículo 249 sólo se tipificó una modalidad de cohecho antecedente, omitiéndose toda referencia al cohecho subsiguiente.

3. Cohecho propio y cohecho impropio

Dentro del cohecho del funcionario público —en la terminología tradicional, cohecho pasivo—, los autores, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera, suelen realizar una subdistinción entre el cohecho propio y el impropio. Sin embargo, el criterio que se usa para efectuar esta clasificación no es uniforme y depende de la forma en que el cohecho aparece regulado en las distintas legislaciones. En España, por ejemplo, se sostiene que el criterio para distinguir entre el cohecho propio y el impropio es el carácter justo o injusto del acto objeto del delito. Así, sería cohecho propio aquel en el que se persigue la obtención de un acto injusto, en tanto que sería impropio aquel en el que se busca la realización de un acto justo²⁶. En

²⁵ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El delito de cohecho*, cit., p. 167, citando a Enrique Orts Berenguer e Inmaculada Valeije Álvarez.

²⁶ Cfr., entre otros, RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, cit., p. 155.

Se afirma que en el Código Penal español de 1995 se refieren al cohecho propio del funcionario los arts. 419, 420 y 421, en tanto que aluden al impropio los arts. 425 y 426, cuyo texto se transcribe a continuación:

Chile, en cambio, se afirma que el criterio que permite distinguir el cohecho propio del impropio es el carácter funcionario o de delito ministerial del acto que se quiere obtener. De este modo, el cohecho sería propio cuando lo que se busque sea la ejecución o la omisión de un acto propio del cargo del empleado público, mientras que sería impropio cuando lo que se pretenda conseguir sea la comisión de un delito funcionario²⁷.

Art. 419: «La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa».

Art. 420: «La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva».

Art. 421: «Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

Art. 425: «1. La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. 2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años».

Art. 426: «La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses».

Me parece que el mismo criterio (carácter justo o injusto del acto objeto del delito) es utilizado por el Código Penal del Perú, cuyos artículos 393 (cohecho propio) y 394 (cohecho impropio) aluden, respectivamente, a la realización de un acto con incumplimiento de obligaciones y sin incumplimiento de éstas.

²⁷ Vid. ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., tomo IV, p. 253; LABATUT GLENA, *Derecho Penal*, cit., tomo II, p. 90; MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones...*, cit., pp. 203 y ss.

La señalada falta de uniformidad de criterios doctrinales para efectuar la distinción entre el cohecho propio y el impropio me hace pensar que se trata de una clasificación que debería comenzar a ser dejada de lado. Ello debería ser así, no sólo por la poca utilidad que tiene el realizar distinciones doctrinales cuyo contenido difiere tan radicalmente, según la forma que asume la regulación de este delito en las distintas legislaciones, sino también porque la propia terminología empleada no parece adecuada. En efecto, la distinción entre cohecho propio e impropio sugiere que aquél es un verdadero cohecho y éste no²⁸. Algo impropio es algo que se aparta de la esencia de lo que se toma como su modelo. Tal como lo señalé más arriba, el cohecho consiste en una conducta de un funcionario público o de un particular destinada, respectivamente, a recibir o a entregar una retribución no debida en el ejercicio del cargo de aquél. Esa es su esencia, la que no resulta alterada en nada por la naturaleza del acto que a cambio de la indebida retribución se realiza²⁹. En consecuencia, mal puede llamarse cohecho impropio a lo que, sin lugar a dudas, es un delito de cohecho. Por eso, y teniendo en consideración la diferente penalidad de las figuras de cohecho del empleado público, en lugar de esta nomenclatura, prefiero utilizar otra que distinga entre una figura básica (la del artículo 248 del Código Penal) y dos figuras agravadas (las de los artículos 248 bis y 249 del mismo cuerpo legal)³⁰, que será la que usaré en este trabajo.

IV. NATURALEZA UNILATERAL O BILATERAL

Durante mucho tiempo se ha discutido en la doctrina acerca de si el delito de cohecho tiene naturaleza unilateral o bilateral, es decir, respectivamente, si el cohecho del funcionario público y el cohecho del particular son dos delitos autónomos e independientes o si, por el contrario, constituyen las dos caras de un mismo y único delito. La posición que afirma que

En nuestro Código Penal, reciben la denominación de cohecho pasivo –en mi terminología, cohecho del funcionario– propio las figuras de los arts. 248 y 248 bis, en tanto que se conoce con el nombre de cohecho impropio la figura del art. 249.

²⁸ Cfr. CASAS BARQUERO, *Algunos aspectos...*, cit., p. 656; EL MISMO, *Observaciones técnico-jurídicas...*, cit., p. 207.

²⁹ Cfr. la crítica, en el sentido indicado en el texto, de FERREIRA DELGADO, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 94.

³⁰ Cfr. la proposición, en este sentido, pero referida a la regulación española del cohecho, de RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 155 y 161.

el cohecho tiene naturaleza bilateral ha señalado como argumentos principales, por un lado, el hecho de que para su perpetración se requeriría la concurrencia de dos personas –el empleado público y el particular– y, por otro, la circunstancia de que este delito consistiría en un acuerdo entre el funcionario y el particular, en cuya virtud aquél acepta de éste una compensación no debida por un acto en el ejercicio de su cargo. Por su parte, la posición que afirma que el cohecho tiene naturaleza unilateral ha argumentado a partir de la constatación de que este delito se consumaría con la mera solicitud del funcionario o el simple ofrecimiento del particular, no siendo necesario que la solicitud o el ofrecimiento sean aceptados por sus destinatarios.³¹

En España esta discusión, prácticamente, no existía antes de la modificación legal que en 1944 se hizo en la regulación del delito de cohecho. En efecto, hasta antes de esta reforma la doctrina española se había uniformado en el sentido de considerar que el cohecho tenía naturaleza bilateral.³² Pero en dicho año se instauró como conducta típica en el Código Penal español la solicitud de dádivas o presentes por parte del funcionario público, porque esta forma de comportamiento, atendida la estructura bilateral que tenía el cohecho, permanecía hasta entonces impune.³³ Esta modificación vino a poner en duda la tesis que afirmaba que el cohecho tenía carácter bilateral, toda vez que ya no era necesario acuerdo alguno entre el funcionario y el particular para que el delito se consumara, bastando la sola solicitud de dádiva o presente. La discusión que entonces se generó, con el correr del tiempo fue decayendo, hasta el punto que es posible afirmar que hoy en España es posición doctrinal abrumadoramente mayoritaria la que afirma la naturaleza unilateral del delito de cohecho.³⁴

³¹ Cfr. una exposición de estos argumentos en CASAS BARQUERO, *Algunos aspectos...*, cit., pp. 657 y s.; EL MISMO, *Observaciones técnico-jurídicas...*, cit., pp. 209 y ss.

³² Vid. RODRÍGUEZ PUERTA, *La responsabilidad del particular en el delito de cohecho (Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1998)*, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, año 1999, NÚ 1, p. 194, nota 24.

³³ Cfr. VALEIJE ÁLVAREZ, *Aspectos problemáticos...*, cit., pp. 6519 y ss.

³⁴ Entre quienes adhieren a esta posición mayoritaria puede verse, entre otros, a CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos...*, cit., pp. 195 y s.; GIMENO LAHOZ / CORBIELLA HERREROS, *Comentarios...*, cit., p. 72; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 211 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 957.

Pero existen importantes autores que, minoritariamente, defienden la naturaleza bilateral de este delito.³⁵

En el caso de Chile, ha sido tradicional la postura que sostiene que el delito de cohecho tiene carácter bilateral.³⁶ Sin embargo, las afirmaciones doctrinales hechas en este sentido se han formulado antes de la promulgación de la ley N° 19.645, en un momento en que, efectivamente, la regulación legal del cohecho presentaba una estructura bilateral. A partir de la reforma introducida por esta ley, para apreciar un delito de cohecho de funcionario dejó de ser necesario que existiera un acuerdo entre éste y un particular, bastando su sola solicitud de algún beneficio económico, aunque no fuese aceptada. Del mismo modo, para estimar concurrente un delito de cohecho de particular ya no fue imprescindible que su ofrecimiento fuera aceptado por el funcionario, bastando el solo hecho de ofrecerle un beneficio económico. En consecuencia, a mi juicio, es posible afirmar que el delito de cohecho, atendida su actual regulación en el Código Penal, tiene naturaleza unilateral.³⁷

V. BIEN JURÍDICO

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de cohecho, si bien no es un punto muy tratado por la doctrina nacional³⁸, ha originado una fuerte discusión en la doctrina extranjera. No sólo se ha discutido cuál es este bien jurídico, sino también si existe un único bien jurídico protegi-

³⁵ Dentro de esta posición minoritaria destacan, entre otros, RODRÍGUEZ PUERTA, *La responsabilidad del particular...*, cit., pp. 186 y ss.; LA MISMA, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 91 y ss.; VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 37 y ss., especialmente p. 42.

³⁶ Cfr., por ejemplo, ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., tomo IV, p. 252; LABATUT GLENA, *Derecho Penal*, cit., tomo II, p. 91.

³⁷ Creo que lo mismo puede predicarse en el Perú, dada la forma en que el delito de cohecho se encuentra regulado en el Código Penal de este país.

³⁸ Excepcionalmente, el profesor Gustavo Labatut Glena sí se pronuncia sobre este punto, señalando que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es «el decoro, el prestigio y el correcto funcionamiento de la Administración pública». Vid. LABATUT GLENA, *Derecho Penal*, cit. tomo II, p. 90. También lo hacen RODRÍGUEZ COLLAO / OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública...*, cit., p. 313, quienes afirman que el bien jurídico tutelado es la imparcialidad en el ejercicio de la función pública.

do, tanto por el cohecho del funcionario, como por el del particular, o si, por el contrario, ambas clases de cohecho buscan cautelar bienes jurídicos diferentes.

En España, dentro de quienes, minoritariamente, sostienen que el cohecho del funcionario y el cohecho del particular pretenden proteger bienes jurídicos distintos, destaca Enrique Casas Barquero. Este autor afirma que «en el delito de cohecho cometido por el funcionario el objeto de tutela está constituido por el deber básico inherente a la condición de todo funcionario público, cual es el relativo al fiel desempeño de la función del cargo [...]. De manera correlativa con el alcance del deber funcional, se trata de tutelar penalmente además la confianza, consustancial a la titularidad de la función, que en el titular de la misma se deposita por el Estado y por la propia sociedad en general»³⁹. Y por lo que respecta al cohecho del particular, señala este autor que «el particular actúa en perjuicio o detrimento de las funciones públicas del Estado [...]. Su conducta implica atentar no sólo contra la función concreta que incumbe al funcionario singular, sino también contra el normal desarrollo de las funciones públicas [...]. Asimismo, el comportamiento típico del cohecho realizado por el particular afecta a la esencia de la dignidad del Estado y al prestigio social que en todo momento han de ostentar los entes públicos en el marco de la ordenación jurídica de la vida social»⁴⁰.

Esta posición puede ser criticada por varias razones. En primer lugar, porque eleva a la categoría de bien jurídico tutelado en el cohecho del empleado público el deber funcional, lo que revela una visión autoritaria que no tiene en cuenta que la existencia de la Administración Pública se explica, únicamente, por el beneficio que su actividad significa para los ciudadanos. Los deberes que emanan de los cargos públicos no se explican por sí solos, sino en cuanto su cumplimiento conduce a la prestación de un servicio para la comunidad.⁴¹ En segundo lugar, porque también considera

³⁹ CASAS BARQUERO, *Observaciones técnico-jurídicas...*, cit., pp. 213 y ss.

⁴⁰ CASAS BARQUERO, *Observaciones técnico-jurídicas...*, cit., p. 214.

⁴¹ Cfr. la crítica, en el sentido indicado en el texto, de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, Ed. Civitas – Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, pp. 238 y ss. Similar, VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 27 y ss.

como bien jurídico en el cohecho del funcionario la confianza que en éste depositaría el Estado y la sociedad en general. Es posible constatar que los ciudadanos, efectivamente, confían en que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad en el ejercicio de sus cargos, pero dicha confianza no sólo se ve afectada en el cohecho, sino también en otros delitos que los empleados pueden cometer⁴², como, por ejemplo, en los fraudes ministeriales y en las malversaciones. No parece que esta confianza sea el bien jurídico específicamente protegido en el delito de cohecho. Además, si lo fuera, no podría apreciarse un delito de cohecho, por no resultar afectado el bien jurídico, cuando la conducta descrita en el tipo sea realizada por un funcionario que no goce de la confianza de la ciudadanía por ser, en opinión de ésta, una persona corrupta, lo cual no resultaría aceptable. En tercer lugar, porque algo parecido puede decirse respecto de la pretensión de esta posición, de considerar como bien jurídico protegido en el cohecho del particular, la dignidad del Estado y el prestigio social de los entes públicos. La existencia del Estado y de los entes públicos tiene su razón de ser en la protección del bien común, sin que se puedan justificar por sí solos. Además, la dignidad parece ser algo inherente a toda persona humana y no algo propio del Estado. Por otra parte, aun cuando un ente público no goce de prestigio en la sociedad, los particulares igualmente tienen la posibilidad de cometer un delito de cohecho cuando ofrecen a sus funcionarios beneficios económicos indebidos, lo que resultaría incompatible con una tesis que afirme que el bien jurídico tutelado en este delito es el prestigio social de los entes públicos. Y en cuarto lugar, porque esta posición plantea que es también un bien jurídico protegido en el cohecho del particular el normal desarrollo de las funciones públicas, lo cual implica sostener que el particular tendría una especie de deber de respetar el normal desempeño de las actividades de los órganos del Estado. La verdad es que no se divisa la razón para sostener que éste sea un bien jurídico que se pretende tutelar en el cohecho del particular y no en el del funcionario. La lógica indica que una afirmación correcta tendría que ser hecha en un sentido completamente inverso. Por otro lado, no hay claridad en cuanto a la fuente de la que emanaría dicho deber. Además, tal deber, en caso de existir, no podría ser elevado a la categoría de bien jurídico sino en un régimen totalitario o, al menos, autoritario.

⁴² Cfr., en dicho sentido, la crítica de OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., p. 99.

Mayoritariamente, la doctrina española afirma que el bien jurídico protegido es único, tanto en el cohecho del funcionario, como en el del particular. Sin embargo, la determinación de cuál es ese bien jurídico no ha sido pacífica, existiendo varias posiciones. A continuación, señalaré y criticaré las que me parecen más importantes, para, enseguida, exponer mi postura.

1. La confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración

En esta postura destaca Enrique Bacigalupo, quien señala que el bien jurídico en el delito de cohecho es «la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial según los principios del Estado de derecho»⁴³. Esta opinión resulta criticable, por razones ya señaladas más arriba. La confianza pública en que los empleados se comporten con probidad no sólo se ve afectada en el cohecho, sino también en otros delitos funcionarios. Además, si éste fuera el bien jurídico protegido en el cohecho, no podría considerarse cometido este delito, por falta de afectación del bien jurídico, cuando la conducta sea realizada por un funcionario que no goce de la confianza pública, por ser estimada una persona corrupta.

2. El principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública

Es ésta una posición que en la actualidad goza de bastante aceptación, en la que destaca, entre otros, María José Rodríguez Puerta, quien afirma que «lo que propiamente se configura como objeto de tutela es el respeto al principio de imparcialidad, que vincula de un lado a los poderes públicos, en cuanto principio alumbrador del ejercicio de la actividad administrativa y judicial, y, circunscrita a la desviación del fin, a la actividad legislativa o política. El referido principio es proyectable también a los ciudadanos, en cuanto destinatarios de esa actividad pública, dado que la relación con estos últimos viene también limitada por el respeto a la Constitución y los principios en ella consagrados»⁴⁴. Sin embargo, también puede ser critica-

⁴³ BACIGALUPU, *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, en Documentación Jurídica, año 1983, p. 1100.

⁴⁴ Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, cit., p. 83.

da. Por un lado, porque si bien es cierto que la imparcialidad efectivamente puede resultar afectada en un delito de cohecho, también lo es el hecho de que ella puede igualmente ser atacada en otros delitos funcionarios, como, por ejemplo, el tráfico de influencias. No parece, en consecuencia, que la imparcialidad sea el bien jurídico específicamente protegido en el cohecho. Y por otro lado, porque existen tipos de cohecho que no necesariamente requieren una vulneración de la imparcialidad. Es el caso, por ejemplo, del art. 248 del Código Penal. En efecto, no se aprecia cómo podría resultar afectada la imparcialidad cuando el funcionario solicita un beneficio económico para ejecutar un acto propio de su cargo que se encuentra obligado a realizar.⁴⁵ Otro tanto ocurre con el art. 249 del mismo Código. Resulta difícil afirmar que sea la imparcialidad lo que se vulnera cuando el beneficio económico que el empleado pide apunta a la comisión de un delito (que no siempre será una prevaricación)⁴⁶.

3. Ciertos deberes del cargo del funcionario público (lealtad, integridad, probidad, honestidad, fidelidad, etc.)

Cada vez se encuentra más abandonada la postura que afirma que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho está constituido por una serie de deberes que han sido encomendados al funcionario por el Estado y que emanarían del cargo que desempeña. Pero aún subsisten autores que la defienden. Es el caso, por ejemplo, de Carlos Granados Pérez, quien sostiene que el bien jurídico que se intenta tutelar por el cohecho es «la integridad y lealtad del funcionario al Estado, así como el cumplimiento de los deberes que al mismo le vienen impuestos por razón del ejercicio del cargo»⁴⁷. Esta posición puede ser criticada por razones señaladas *supra*. Identificar como bien jurídico del cohecho los deberes funcionariales es

⁴⁵ *Vid.* una argumentación similar, pero referida a los arts. 425.1 y 426 del Código Penal español, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho Penal, poderes públicos y negocios...*, cit., p. 872.

⁴⁶ *Cfr.* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho Penal, poderes públicos y negocios...*, cit., p. 872, con una argumentación en el sentido del texto, pero relacionada con los arts. 419 y 425.2 del Código Penal español.

⁴⁷ GRANADOS PÉREZ, *El instrumento en el delito de cohecho*, en VV.AA., *Delitos de los funcionarios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 143.

propio de un sistema de tinte claramente autoritario. Los deberes de los empleados públicos no se justifican por sí solos, sino que su existencia obedece a que conducen a la prestación de un servicio para la comunidad. En otras palabras, dichos deberes no son el bien jurídico del cohecho, sino que su cumplimiento permite proteger el auténtico bien jurídico tutelado por este delito.

4. Opinión personal

A mi juicio, el bien jurídico protegido en el delito de cohecho, tanto en el del funcionario público como en el del particular, es el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos⁴⁸. Si el cohecho consiste, según mi definición propuesta más arriba, en una conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, o en una conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste, la razón para castigar esta clase de comportamientos es que impiden o dificultan que el servicio a los ciudadanos —razón de ser de la existencia de los organismos públicos y los deberes funcionarios— se preste de manera correcta. Para que esta prestación de servicios se estime correcta, es necesario que a los ciudadanos no se les pida que paguen por ella, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que los ciudadanos puedan ofrecer por ella. Y en caso que la prestación de servicios no sea gratuita, para que ésta se considere adecuada, es necesario que a los particulares no se les pida que paguen más que lo que se encuentra establecido en el propio ordenamiento jurídico, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que puedan ofrecer por sobre el monto fijado.

Como se advertirá, esta posición me obliga a sostener que el delito de cohecho, atendiendo al modo en que se produce la afectación del bien jurídico, puede ser de lesión o de peligro. Será un delito de lesión o daño efectivo para el bien jurídico cuando se trate del cohecho del funcionario público. Ello, porque si el empleado solicita o acepta un beneficio económico, en caso de prestaciones gratuitas, o mayores derechos que los debidos, en caso de prestaciones remuneradas, para ejecutar un acto propio de

⁴⁸ Sigo en esto a OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación...*, cit., pp. 252 y ss.

su cargo, ya habrá impedido que el servicio llamado a prestar se brinde de manera correcta. En cambio, será un delito de peligro para el mismo bien jurídico cuando se trate del cohecho del particular. Esto, porque si el particular ofrece un beneficio económico, en caso de prestaciones gratuitas, o mayores derechos que los debidos, en caso de prestaciones remuneradas, su conducta no necesariamente impedirá que el servicio se preste de manera adecuada, toda vez que no está en sus manos, sino en las del funcionario, la efectiva lesión del bien jurídico, aunque generará un peligro de que así ocurra.⁴⁹

VI. FIGURA BÁSICA DE COHECHO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO, ACTIVO O PASIVO (ART. 248)

Se sanciona al empleado público que solicita (modalidad activa) o acepta (modalidad pasiva) recibir mayores derechos que los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo, en razón del cual no le están señalados derechos.

1. Verbo rector

En lo que respecta al verbo rector, el tipo exige que el funcionario realice una conducta consistente en solicitar o aceptar. Lo primero significa, de conformidad con la última edición del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, «pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado» (1ª acepción); «pedir algo de manera respetuosa, o rellenando una solicitud o instancia» (4ª acepción). Pero no es necesario que la petición se haga en forma expresa, ya que el tipo penal no lo exige, sino que basta con que se realice de cualquier forma idónea para transmitir el mensaje. Por ejemplo, a través del simple gesto de estirar la mano.⁵⁰ Lo segundo

⁴⁹ Cfr. la opinión distinta de MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones...*, cit., p. 202, quienes califican a los delitos de cohecho como delitos de peligro, sin distinguir entre el cometido por el funcionario y el realizado por el particular.

⁵⁰ Cfr. CASAS BARQUERO, *Observaciones técnico-jurídicas...*, cit., p. 216: «No es preciso que esta petición se lleve a efecto de forma expresa, sino que puede también realizarse de un modo disimulado, cuidado o encubierto, valiéndose el sujeto de cualesquiera medios comunicativos». En el mismo sentido, OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., p. 231.

significa, conforme al mismo Diccionario, «aprobar, dar por bueno, acceder a algo» (2ª acepción). Y al igual que la conducta de solicitar, no es necesario que la aceptación se realice de manera expresa, bastando cualquier comportamiento que revele inequívocamente la manifestación de voluntad en el sentido de consentir. Por ejemplo, guiñando un ojo o asintiendo con la cabeza. En consecuencia, no se requiere que el funcionario reciba algo del particular para que su comportamiento se considere típico, sino que basta que admita lo que el particular le ofrece.⁵¹

2. Derechos señalados por razón del cargo

En lo que dice relación con los derechos que están señalados por razón del cargo del empleado, cabe incluir aquí todos los casos en que los funcionarios están facultados para cobrar una suma de dinero por el servicio que prestan al público. Así ocurre, por ejemplo, con los notarios, los conservadores, los archiveros y los receptores. Estos funcionarios sólo pueden cobrar los montos establecidos en sus respectivos aranceles, incurriendo en delito de cohecho si solicitan o simplemente aceptan sumas superiores.

3. Beneficio económico

a) Campo de aplicación

En cuanto al beneficio económico para la realización de un acto, en razón del cual no están señalados derechos al funcionario, caben aquí todas las hipótesis en las que éste no se encuentra facultado para cobrar dinero al público por el ejercicio de su cargo. Esto puede darse en dos situaciones. La primera, cuando nunca puede cobrar al público por sus servicios (por ejemplo, el forense del Servicio Médico Legal, quien no está facultado para cobrar a los familiares del difunto por realizar el examen de autopsia), y la segunda, cuando estando facultado en general para cobrar por sus servicios, en algunos casos se le prohíbe hacerlo (por ejemplo, cuando los notarios, los conservadores, los archiveros o los receptores prestan sus servicios a quien goce del denominado «privilegio de pobreza»). En estos casos el funcionario no puede solicitar ni aceptar dinero alguno por la realización del acto propio de su cargo.

⁵¹ Cfr. CASAS BARQUERO, *Observaciones técnico-jurídicas...*, cit., p. 216.

b) Contenido

Siempre en relación con el beneficio económico, conviene detenerse para analizar el contenido que debe tener. En la doctrina extranjera se discute acerca de la naturaleza de esta ventaja que el funcionario procura obtener o que el particular le ofrece. En España, por ejemplo, algunos autores se inclinan por sostener que el beneficio debe tener naturaleza pecuniaria⁵², en tanto que otros afirman que puede ser de cualquier clase, no necesariamente pecuniaria, como sería el caso, verbigracia, de la prestación de un favor de carácter sexual⁵³. Otro tanto ocurre en Argentina⁵⁴. En Chile este tema podía ser debatido hasta la dictación de la ley N° 19.645. En efecto, antes de la modificación introducida por esta ley, las disposiciones que regulaban el delito de cohecho utilizaban las palabras «dádiva» y «promesa», lo que generaba la posibilidad de discutir la naturaleza de dichas dádiva y promesa.⁵⁵ Después de la promulgación de esta ley la posible discusión perdió razón de ser, porque la actual regulación del cohecho emplea la expresión «beneficio económico», lo que deja meridianamente claro que la ventaja que el empleado pretende conseguir —o que el particular le ofrece— debe ser de contenido patrimonial. Esto no quiere decir que no se sancione al funcionario que solicite un favor de naturaleza sexual a quien tenga algún asunto que dependa de la resolución de aquél. Se le castiga, pero no a título de cohecho, sino como una forma de abuso contra particulares (art. 258 del Código Penal).⁵⁶ Con todo, podría discutirse si

⁵² Cfr., entre otros, CASAS BARQUERO, *Observaciones técnico-jurídicas...*, cit., pp. 229 y 233; EL MISMO, *Algunos aspectos...*, cit., p. 662; BACIGALUPO, *Sobre la reforma...*, cit., pp. 1101 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El delito de cohecho*, cit., p. 162; CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos...*, cit., pp. 203 y ss.

⁵³ Entre otros, CÓRDOBA RODA, *El cohecho de funcionarios públicos*, en VV.AA., *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 177 y s.; GRANADOS PÉREZ, *El instrumento...*, cit., pp. 137 y 144.

⁵⁴ Para una panorámica de la discusión en la doctrina argentina, puede verse BUOMPADRE, *Delitos contra la Administración Pública...*, cit., pp. 188 y ss.

⁵⁵ Cfr. LABATUT GLENA, *Derecho Penal*, cit., tomo II, p. 90, quien afirmaba que la dádiva era una liberalidad de carácter material, condición que no era indispensable en la promesa; ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., tomo IV, p. 254, quien sostenía que no era necesario que la dádiva o promesa consistiera en dinero, pero sí que fuera apreciable en dinero.

⁵⁶ Pero a diferencia de lo que ocurre con el cohecho, delito en el cual no sólo se castiga la solicitud o aceptación del beneficio económico por parte del funcionario,

acaso es necesario que el beneficio económico se traduzca en una suma de dinero. En mi opinión, ello no es imprescindible, bastando con que sea reducible a un valor pecuniario. Por ejemplo, la solicitud u ofrecimiento de regalar un valioso cuadro o un par de entradas en primera fila para asistir a un concierto de un internacionalmente conocido cantante de ópera, o de condonar una deuda del funcionario, cuyo acreedor es el particular, o de pagar una deuda del empleado⁵⁷.

c) Cuantía y adecuación social

Resulta interesante analizar también si tiene alguna relevancia la cuantía del beneficio económico solicitado o aceptado por el funcionario público, así como el hecho de que dicho beneficio consista en atenciones que resultan corrientes en la vida social. A diferencia de la doctrina nacional, que, en lo que se me alcanza, no se ha pronunciado sobre el punto, la doctrina extranjera sí lo ha hecho. En España, por ejemplo, en lo que dice relación con la mayor o menor cuantía del beneficio, mientras algunos sostienen que el monto de la ventaja económica resulta completamente irrelevante⁵⁸, la mayoría afirma que no puede apreciarse un delito de cohecho frente a beneficios económicos de valor insignificante⁵⁹. En todo caso, parte de esta postura mayoritaria matiza su aseveración, señalando que es exigible que la cuantía resulte suficiente para motivar al funcionario a actuar en el sentido que el particular desea.⁶⁰ La misma discusión se puede

sino también el ofrecimiento o el consentimiento en dar dicho beneficio por parte del particular, en la mencionada figura de abuso contra particulares, sólo se sanciona al empleado cuando solicita el favor sexual y no cuando lo acepta, sin que tampoco se sancione al particular que, derechamente, ofrece a aquél un servicio de carácter sexual o consiente en prestarle el favor sexual que se le ha pedido.

⁵⁷ El último ejemplo ha sido extraído de CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos...*, cit., p. 204.

⁵⁸ Entre otros, GIMENO LAHOZ / CORBELLÀ HERREROS, *Comentarios...*, cit., p. 77: «Respecto al quantum, debe destacarse que el CP 95 nada fija al respecto, por lo que es indiferente la cuantía de la dádiva o presente...».

⁵⁹ Cfr., entre otros, CASAS BARQUERO, *Observaciones técnico-jurídicas...*, cit., p. 243; EL MISMO, *Algunos aspectos...*, cit., p. 664; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El delito de cohecho*, cit., p. 163.

⁶⁰ Cfr., por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 959: «La cuantía de la dádiva o presente debe ser relevante en orden a motivar al funcionario en su actuación».

observar en la doctrina argentina.⁶¹ Por otra parte, en lo que respecta a la solicitud, aceptación, ofrecimiento o entrega de ciertos beneficios económicos en contextos socialmente adecuados o tolerados, la doctrina española afirma, en general, que en estos casos no resulta procedente apreciar un delito de cohecho.⁶²

En mi opinión, a pesar de que la regulación del delito de cohecho contenida en nuestro Código Penal no hace alusión alguna a estos aspectos, las consideraciones que giran en torno a la idea de la adecuación social deben ser tomadas en cuenta. En efecto, no puede sostenerse seriamente que sea voluntad de la ley penal, expresión de soberanía popular, el castigar comportamientos que la propia sociedad tolera o estima adecuado⁶³. Piénsese, por ejemplo, en los regalos que, con motivo de la celebración de Navidad, reciben ciertos funcionarios públicos por parte de los directos beneficiarios de sus servicios (carteros, basureros, etc.). Es evidente que estos regalos se hacen por haber ejecutado los actos propios del cargo del empleado en el año que termina y para que se los siga ejecutando el año siguiente (sin perjuicio de que pueda existir también una auténtica motivación solidaria), con lo cual las exigencias del tipo parecerían estar satisfechas, pero no por eso puede defenderse la procedencia del castigo de estas conductas. El criterio de la adecuación social lo impediría⁶⁴. Con todo, el

⁶¹ Cfr., entre otros, DONNA, *Delitos contra la administración pública*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 219, señalando que lo relevante no es el valor de la dádiva que se ofrece o entrega al funcionario público, sino su idoneidad para motivarlo a realizar el acto; BUOMPADRE, *Delitos contra la Administración Pública...*, cit., p. 189, afirmando que las pequeñas retribuciones no pueden descartarse del tipo penal del cohecho, toda vez que tienen un poder corruptor.

⁶² *Id.*, entre otros, CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos...*, cit., pp. 214 y ss; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El delito de cohecho*, cit., pp. 165 y s.; CASAS BARQUERO, *Observaciones técnico-jurídicas...*, cit., pp. 243 y ss; EL MISMO, *Algunos aspectos...*, cit., p. 664.

⁶³ Máxime, si el art. 64 n° 5 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, después de señalar que contraviene el principio de probidad administrativa la conducta consistente en solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza, exceptúa de dicha prohibición los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación. Si esto es lo que ocurre en materia administrativa, con mayor razón se debe aplicar en materia penal.

⁶⁴ En todo caso, esta conclusión es válida sólo para la figura básica de cohecho del empleado público que se está analizando y no para las modalidades agravadas, por las razones que más adelante se darán.

análisis de la adecuación social del comportamiento debe ser realizado caso a caso, porque a pesar de que el hecho de entregar un regalo pueda, a primera vista, aparecer cubierto por este criterio, en definitiva podría resultar no estarlo (por ejemplo, cuando con ocasión de las fiestas de Navidad se regala al funcionario público no un lápiz o una agenda, sino un millón de dólares).

En cambio, creo que no pueden tomarse en cuenta las consideraciones que giran en torno a la idea de la insignificancia de los beneficios económicos solicitados o aceptados por los empleados públicos. Desde luego, me estoy refiriendo a beneficios económicos solicitados o aceptados en situaciones que no se consideran socialmente adecuadas o toleradas. Cuando no pueda operar el criterio de la adecuación social, la conducta del funcionario que solicita o acepta un beneficio económico debe estimarse típica —supuesta la concurrencia de los demás elementos del tipo—, a pesar del exiguo valor que pueda tener⁶⁵. Ello debe considerarse así, no sólo porque en situaciones de apremio económico un funcionario puede acceder a los requerimientos de un particular aun frente a ofrecimientos de bajísima cuantía, sino también porque así lo reclama una adecuada protección del bien jurídico. En efecto, si el bien jurídico en el delito de cohecho es, como afirmé más arriba, el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos, corrección que se traduce en la exigencia de que no se les pida que paguen por el servicio, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que los ciudadanos puedan ofrecer por él, o en caso de que el servicio no sea gratuito, que no se les pida que paguen más que lo que se encuentra establecido en el propio ordenamiento jurídico, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que puedan ofrecer por sobre el monto fijado, resultará afectado frente a cualquier beneficio económico que se pida o acepte por el empleado, aun cuando su cuantía sea muy reducida.

⁶⁵ Cfr. CARRARA, *Programa...*, cit., volumen V, parágrafo 2554, p. 100: «No influye para nada en la esencia del delito el que el lucro [...] sea grande o pequeño, pues la justicia se ofende *etiam uno nummo* (aún por un solo céntimo)».

4. Frase «...para ejecutar o por haber ejecutado...».

El hecho de que el artículo 248 del Código Penal se ponga, tanto en el caso en que el beneficio económico que el empleado solicita o acepta tenga por finalidad la realización futura de una acción, como en la situación en que se pretenda una recompensa por una acción ya realizada, permite sostener que resulta procedente en Chile distinguir entre el cohecho antecedente y el subsiguiente. La misma distinción es hecha en la figura agravada de cohecho del funcionario del artículo 248 bis y en el cohecho del particular del artículo 250.

Lo primero que cabe señalar en relación con esta frase es que ella revela una importante exigencia a nivel de tipo subjetivo, cual es que debe concurrir dolo directo en el sujeto activo. En efecto, la mencionada expresión resulta incompatible con un dolo eventual. Sólo de quien obra con dolo directo puede decirse que pide o acepta algo *para* realizar una acción o *por* haberla realizado⁶⁶.

El segundo comentario que merece la expresada frase es que su inclusión obliga a detenerse en el análisis de la justificación del castigo del llamado cohecho subsiguiente. Como lo señalé más arriba, algunos autores afirman que el castigo del cohecho subsiguiente no se encuentra del todo justificado desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico, y que su punición se debe sólo a una razón político-criminal, cual es la sospecha de un pacto previo de pago por el servicio, cuya existencia resulta de difícil probanza. Mi opinión es diferente. Si —como ya lo he señalado más de una vez— el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos, lo que se traduce en la exigencia de que no se les pida que paguen por el servicio, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que los ciudadanos puedan ofrecer por él, o en caso de que el servicio no sea gratuito, que no se les pida que paguen más que lo que se encuentra establecido en el

⁶⁶ Cfr. MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 229; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal, poderes públicos y negocios...*, cit., p. 876; DONNA, *Delitos contra la administración pública*, cit., pp. 223 y ss.; BUOMPADRE, *Delitos contra la Administración Pública...*, cit., pp. 190 y ss., todos destacando la exigencia de dolo directo para tipos penales contenidos en el Código Penal español, muy similares al del artículo 248 del Código Penal chileno.

propio ordenamiento jurídico, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que puedan ofrecer por sobre el monto fijado, entonces el cohecho subsiguiente del funcionario público sí atenta contra el bien jurídico, lesionándolo. En efecto, cuando el empleado solicita o acepta de los particulares más derechos que los señalados por razón de su cargo o un beneficio económico por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, no está satisfaciendo las exigencias que impone el correcto servicio que la Administración debe prestar a los ciudadanos. En consecuencia, el castigo del cohecho subsiguiente, desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico, a mi juicio, se encuentra legitimado.

5. Acto propio del cargo.

Interesa también analizar qué debe entenderse por la expresión «actos propios del cargo». En la doctrina española existen dos posiciones sobre el punto. Una, que se podría denominar restrictiva y que percibo como minoritaria, afirma que por actos propios del cargo del funcionario público deben entenderse sólo aquellos cuya realización obedece al ejercicio de las funciones públicas, debiendo descartarse los actos que no pertenecen a la esfera de atribuciones del empleado, pero cuya comisión resulta facilitada por su condición de tal.⁶⁷ La otra, que se podría calificar como amplia y que me parece mayoritaria, sostiene que por actos propios del cargo del empleado público deben comprenderse aquellos que guarden relación con las actividades públicas que éste realiza, pudiendo ejecutarlos con facilidad por la función que desempeña, pero sin que sea necesario que su ejecución corresponda específicamente al ámbito de su competencia⁶⁸. En mi opinión, podría defenderse en España la corrección de la concepción amplia, dada la redacción de los artículos pertinentes del Código Penal de dicho país, los cuales aluden a actos *relativos al ejercicio* del cargo. En efecto, podría sostenerse que un acto que no sea de competencia del cargo de un funcionario, pero cuya ejecución se vea facilitada por su condición de tal, guarda

⁶⁷ Entre los partidarios de esta forma de entender la expresión «actos propios del cargo», puede verse CÓRDOBA RODA, *El cohecho...*, cit., pp. 178 y ss.

⁶⁸ Cfr., dentro de esta concepción amplia, entre otros, GIMENO LAHOZ / CORBELLÁ HERREROS, *Comentarios...*, cit., p. 78; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 204 y ss.

alguna relación con el ejercicio de su cargo. Sin embargo, creo que en Chile sólo la concepción restrictiva resulta defendible, atendida la regulación del cohecho contenida en nuestro Código Penal, cuyas disposiciones pertinentes aluden a actos *propios* del cargo. No puede sostenerse seriamente que sean actos propios del cargo de un funcionario aquellos que no pertenezcan a la competencia de éste, pero cuya realización pueda verse facilitada por su calidad de tal. Propio significa, como lo señala el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, «perteneciente o relativo a alguien que tiene la facultad exclusiva de disponer de ello» (1ª acepción); «característico, peculiar de cada persona o cosa» (2ª acepción). En consecuencia, para dar un ejemplo de acto que no puede estimarse propio del cargo de un funcionario, se puede señalar que no comete esta forma de cohecho el guardia de una municipalidad que solicita o acepta un beneficio económico para destruir un expediente de sumario administrativo instruido en contra de otro empleado municipal, toda vez que este acto no se encuentra dentro de su esfera de competencia.

VII. PRIMERA FIGURA AGRAVADA DE COHECHO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO, ACTIVO O PASIVO (ART. 248 BIS)

Se sanciona con penas superiores a las correspondientes a la figura básica de cohecho de funcionario, al empleado público que solicita (modalidad activa) o acepta (modalidad pasiva) recibir un beneficio económico, para sí o un tercero, para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo (inc. 1º). Se imponen penas superiores si la infracción a los deberes del cargo consiste en ejercer influencia en otro empleado público, con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado (inc. 2º).

Con el objeto de no repetir aquí consideraciones efectuadas más arriba a propósito de la figura básica de cohecho del funcionario público, activo o pasivo, del art. 248 del Código Penal, remito al lector a lo que he señalado en relación con el verbo rector, el beneficio económico, el sentido de la frase «para ejecutar o por haber ejecutado» y el alcance de la expresión «actos propios del cargo».

Sin embargo, es necesario efectuar algunas precisiones respecto del beneficio económico. Por una parte, en la figura básica del art. 248, como

ya lo señale, con la alusión al beneficio económico para realizar un acto en razón del cual no están señalados derechos al funcionario, se pretende cubrir las hipótesis en las que éste no se encuentra facultado para cobrar dinero al público por el ejercicio de su cargo. En cambio, la figura agravada del art. 248 bis resulta aplicable, tanto a los casos en que el empleado no se encuentra facultado para cobrar dinero al público por el ejercicio de su cargo, como a aquellos en que está facultado para cobrar derechos.

Por otra parte, las consideraciones que giran en torno a la idea de la adecuación social, como ya lo afirmé, deben ser tomadas en cuenta para excluir del tipo básico del art. 248 comportamientos que, a pesar de calzar en su tenor literal, la propia sociedad tolera o estima adecuados (por ejemplo, los regalos de Navidad). En cambio, no caben consideraciones de esta clase en la figura agravada del art. 248 bis, porque lo impide la finalidad que debe tener la solicitud o aceptación del beneficio económico. Como se exige que este beneficio se solicite o acepte para omitir o por haber omitido un acto debido propio del cargo del funcionario, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, no resulta posible invocar un criterio de adecuación social para excluir conductas que quepan dentro de su tenor literal. Esto es así, porque si bien la sociedad puede considerar adecuado o tolerar, en ciertas circunstancias, que los particulares entreguen a los funcionarios beneficios porque han cumplido su deber o para que lo cumplan, no resulta aceptable para la misma sociedad que esos beneficios se entreguen porque los empleados no han cumplido su deber o para que dejen de cumplirlo.

1. Comentario a propósito de la frase «para omitir o por haber omitido»

La conducta del funcionario que omite un acto debido propio de su cargo para obtener una ventaja parece más grave que la del empleado que pretende conseguir una ventaja a través de la ejecución de un acto debido propio de su cargo. La mayor gravedad del primer comportamiento se explica, porque en él el funcionario pretende lograr un beneficio, dejando de cumplir con sus deberes, a diferencia de lo que ocurre en el segundo, en el cual busca obtener una ventaja para cumplir con sus deberes.⁶⁹ Esa es la

⁶⁹ Cfr. ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., tomo IV, p. 255.

razón por la que el legislador sanciona más severamente la primera conducta.

De la misma forma como lo señalé al analizar la frase «para ejecutar o por haber ejecutado», contenida en el tipo básico del art. 248, la expresión «para omitir o por haber omitido» de que se vale la figura agravada del art. 248 bis implica una importante exigencia subjetiva, cual es que debe concurrir dolo directo en el sujeto activo. La mencionada expresión no es compatible con un dolo eventual. Sólo de quien actúa con dolo directo se puede decir que solicita o acepta algo *para* omitir un acto debido o *por* haberlo omitido.

Un interesante problema puede plantearse si la omisión en la que se pretende que el empleado incurra, a cambio del beneficio económico, constituyera, a su vez, un delito funcionario. Creo que en tal evento es necesario realizar una distinción. Si la omisión del acto debido constituyera un delito funcionario previsto en el párrafo 4 del título III o en el título V del libro II del Código Penal (por ejemplo, art. 149 números 4° y 5°, art. 150 A inciso 2°, art. 224 número 4°, art. 229, art. 237, art. 253, etc.), se produciría un concurso aparente de leyes penales entre el art. 248 bis y el art. 249, concurso que, por aplicación del principio de subsidiariedad, se resolvería en favor del art. 249⁷⁰. En esta hipótesis, en todo caso, el concurso se presentaría sólo si el empleado solicita o acepta el beneficio económico *para incurrir* en la omisión y no si se hace *por haber incurrido* en ella, porque el art. 249 únicamente alude a la solicitud o aceptación del beneficio eco-

⁷⁰ No creo que entre los tipos contenidos en los arts. 248 bis y 249 del Código Penal exista una auténtica relación de género a especie, respectivamente, como para sostener que el señalado concurso se resolvería por aplicación del principio de especialidad. Ello es así, porque cuando un empleado público solicita o acepta recibir un beneficio económico para cometer alguno de los delitos ministeriales expresados en el párrafo 4 del título III o en el título V del libro II del mencionado Código –hipótesis a que alude el art. 249–, no siempre la comisión del respectivo delito funcionario importaría la ejecución de un acto por parte del empleado con infracción a los deberes de su cargo –hipótesis a que se refiere el art. 248 bis–, si bien es muy probable que así sea. En otras palabras, es posible que un funcionario público, sin infringir los deberes de su cargo, ejecute alguno de los señalados delitos ministeriales, para cuya comisión solicite o acepte un beneficio económico. Todo dependerá de la concreta regulación de los deberes que impone el adecuado ejercicio del cargo que detenta el empleado.

nómico *para cometer* alguno de los señalados delitos ministeriales y no al caso en que se lo pida o acepte *por haberlo cometido*. En cambio, si la omisión del acto debido constituyera un delito funcionario distinto (por ejemplo, la omisión de los empleados públicos de presentar denuncia, de conformidad con lo previsto en los arts. 175 letras a) y b) y 177 del Código Procesal Penal), no habría ningún concurso y únicamente sería aplicable el art. 248 bis. No se realizaría el tipo penal omisivo, porque respecto de éste la conducta realizada habría alcanzado a constituir sólo un acto preparatorio impune. Cuestión distinta es determinar qué sucede cuando el funcionario no se queda en la mera solicitud o aceptación del beneficio para omitir el acto debido propio de su cargo, si la omisión constituyera otro delito ministerial, sino que va más allá y, efectivamente, incurre en la omisión. A esta hipótesis me referiré más adelante, cuando analice la figura agravada de cohecho del funcionario del art. 249.

Llama la atención el hecho de que el legislador se ponga en el caso en que el beneficio económico que se solicita o acepta por el funcionario sea para ejecutar u omitir un acto, o por haberlo ejecutado u omitido, pero no aluda al caso en que el beneficio sea para retardar un acto o por haberlo retardado. Piénsese, por ejemplo, en el hipotético caso de un fiscal del Ministerio Público que, movido por un afán de lucro, demore injustificadamente la tramitación de una orden de detención ante un juez de garantía, con el fin de permitir que la persona sospechosa de haber cometido un delito tenga la oportunidad de eludir la acción de la justicia, o bien, retarde el cumplimiento de una orden de allanamiento para darle tiempo al imputado para que retire de su domicilio los objetos que puedan comprometerle.⁷¹ A veces, conductas como éstas podrán, de todas formas, estimarse típicas, considerándolas como un caso en que el beneficio económico se solicita o acepta para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo. Ello será así, especialmente, cuando alguno de los deberes del cargo del funcionario le obligue a desenvolverse con rapidez en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, esto no siempre ocurrirá, sobre todo en aquellos casos en que el empleado público cuenta con un plazo máximo para realizar un acto. Por ejemplo, imagínese el caso de un

⁷¹ Estos ejemplos han sido extraídos y adaptados de DONNA, *Delitos contra la administración pública*, cit., pp. 221 y s.

funcionario, a quien se le ha encomendado la instrucción de un sumario administrativo, y que acepta un beneficio económico que le ofrece el empleado inculcado, para que demore el cierre de la investigación hasta el último día del plazo, dándole así más días para recabar antecedentes probatorios de descargo. Creo que existe fundamento serio para sostener que casos como éstos resultan atípicos –por lo menos, en lo que dice relación con los tipos de cohecho–, por lo que denuncio en este punto una laguna de punición. Vale la pena tener presente que en Argentina esta situación fue constatada como un vacío de punibilidad, razón por la cual fue necesario llenarlo, a través de la promulgación de una nueva ley⁷².

2. Frase «con infracción a los deberes de su cargo»

Un funcionario infringe los deberes de su cargo al ejecutar un acto, cuando con su realización contraviene las disposiciones que regulan el desarrollo de las funciones propias del cargo o del servicio al que pertenece. Estas disposiciones pueden estar situadas en textos normativos tan diversos como una ley, un reglamento, un instructivo, una circular, etc..

Contra lo que pudiera creerse, esta infracción de deberes del cargo del funcionario no sólo se puede presentar en el ejercicio de su actividad reglada, sino también dentro de su actividad discrecional. Particularmente, esto último puede tener lugar cuando el acto discrecional que realiza importa una desviación o un exceso del poder que se le ha conferido⁷³.

Al igual que lo que sucede cuando la omisión en la que se pretende que el empleado incurra a cambio del beneficio económico constituye un delito funcionario, el mismo problema puede plantearse si el acto, con infracción a deberes del cargo, que se pretende que el empleado ejecute, constituyera también un delito funcionario. En esta hipótesis se debe realizar un distingo. Si el acto con infracción a deberes del cargo constituyera un delito funcionario contemplado en el párrafo 4 del título III o en el título V del libro II del Código Penal, se produciría un concurso aparente de leyes penales entre el art. 248 bis y el art. 249, concurso que, por aplicación del principio de subsidiariedad, se resolvería en favor del art.

⁷² Cfr. DONNA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 221.

⁷³ Cfr. CASAS BARQUERO, *Observaciones técnico-jurídicas...*, cit., p. 228.

249⁷⁴. En todo caso, del mismo modo como lo señalé para la omisión de actos debidos propios del cargo, el concurso se presentaría sólo si el empleado solicita o acepta el beneficio económico *para ejecutar* un acto con infracción a deberes de su cargo y no si se hace *por haberlo ejecutado*, porque el art. 249 únicamente alude a la solicitud o aceptación del beneficio económico *para cometer* alguno de los señalados delitos ministeriales y no al caso en que se lo pida o acepte *por haberlo cometido*. En cambio, si el acto con infracción a deberes del cargo constituyera un delito funcionario distinto, no habría ningún concurso y únicamente sería aplicable el art. 248 bis. No se realizaría el tipo penal del concreto delito ministerial, porque respecto de éste la conducta realizada habría alcanzado a constituir solamente un acto preparatorio impune. Cuestión diferente es determinar qué pasa si el funcionario no se queda en la mera solicitud o aceptación del beneficio para ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo, si el acto constituyera otro delito ministerial, sino que va más allá y, efectivamente, lo ejecuta. Esta situación será tratada más adelante, cuando se analice la figura agravada de cohecho del funcionario del art. 249.

3. Frase «...ejercer influencia en otro empleado público...» (art. 248 bis inciso 2º).

Según lo prescrito en el inciso segundo del art. 248 bis, las penas para la figura agravada de cohecho que se está estudiando aumentan cuando el funcionario solicita o acepta el beneficio económico para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, y esta infracción consiste en ejercer influencia en otro empleado con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado.

Se ha dicho en la doctrina nacional que se ha incorporado aquí, como forma de cometer el cohecho, el delito de tráfico de influencias del art. 240 bis del Código Penal⁷⁵. Sin embargo, no existe total coincidencia entre la modalidad de cohecho en análisis y el tráfico de influencias del art. 240 bis.

⁷⁴ No creo que el concurso se solucione en virtud del principio de especialidad, por razones señaladas más arriba. *Vid.* nota 70.

⁷⁵ *Vid.* MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones...*, cit., p. 203.

Ello es así, porque mientras en el cohecho la persona favorecida con la decisión que adopte el empleado en quien el funcionario cohechado pretenda ejercer influencia, puede ser cualquiera (el particular sobornante u otra persona), en el tráfico de influencias se exige que la persona beneficiada con la decisión del empleado sólo pueda ser el funcionario que ejerce influencia en éste o alguna de las personas vinculadas con él, mencionadas en los incisos 3° y 4° del art. 240. De todas formas, en lo medular, la estructura es similar.

En cuanto al sentido de la expresión «ejercer influencia», creo que para estar en presencia de esta conducta no puede bastar con una mera sugerencia o recomendación, sino que se requiere algo más. Según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, influir significa «ejercer predominio o fuerza moral» (2ª acepción), e influencia, «poder, valimiento, autoridad de alguien para con otra u otras personas o para intervenir en un negocio» (2ª acepción), lo que da luz para determinar en qué consiste ese algo más. Se trata de la situación de superioridad en que debe encontrarse el funcionario público que busque influir en el empleado que tiene a su cargo la adopción de la decisión. Es decir, quien ejerce la influencia debe abusar de una situación de prevalimiento⁷⁶.

VIII. SEGUNDA FIGURA AGRAVADA DE COHECHO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO, ACTIVO O PASIVO (ART. 249).

Se castiga al empleado público que solicita (modalidad activa) o acepta (modalidad pasiva) recibir un beneficio económico, para sí o para un tercero, para cometer alguno de los delitos previstos en el título V o en el párrafo 4 del título III del libro segundo del Código Penal, sin perjuicio de la pena aplicable al concreto delito cometido por el funcionario.

⁷⁶ Sigo en esto a OSSANDÓN WIDOW, *Consideraciones político-criminales...*, cit., pp. 170 y ss., quien además de afirmar que el ejercicio de la influencia debe consistir en un abuso de la función, de la relación jerárquica o de la relación personal que vincula a los dos funcionarios, sostiene que deben excluirse del tipo los supuestos en que la influencia se ejerce para obtener una decisión justa o adecuada a Derecho. Sobre el delito de tráfico de influencias, en general, puede verse también VERA VEGA, *El delito de tráfico de influencias*, Ed. Jurídica La Ley, Santiago, 2004.

Para no reiterar consideraciones ya hechas, me remito a lo que he señalado más arriba a propósito del verbo rector y del beneficio económico. Pero en relación con éste y con lo dicho respecto de la adecuación social, se debe precisar que lo que cabe tener presente aquí no son los planteamientos efectuados a propósito de la figura básica de cohecho del art. 248, sino los realizados en relación con la figura agravada del art. 248 bis. Es decir, no procede acudir al principio de la adecuación social para excluir conductas que quepan dentro del tenor literal del art. 249, porque lo impide la finalidad que debe tener la solicitud o aceptación del beneficio económico. La sociedad puede considerar adecuado o tolerar, en ciertas circunstancias, que los particulares entreguen a los funcionarios beneficios porque han cumplido su deber o para que lo cumplan, pero no resulta aceptable para la misma sociedad que esos beneficios se entreguen para que los empleados cometan delitos en el ejercicio de sus cargos.

Del mismo modo, cabe recordar lo expresado a propósito de la frase «para ejecutar [...] un acto», en el sentido de la exigencia subjetiva que ella importa, pero teniendo presente lo que a continuación se indica y el hecho de que el art. 249, en vez de la señalada frase, contiene la expresión «...para cometer alguno de los crímenes o simples delitos...».

1. Falta de tipificación del cohecho subsiguiente.

El primer comentario que cabe hacer respecto de esta disposición es que llama la atención que sólo se ponga en el caso en que se solicite o acepte el beneficio económico *para cometer* un delito funcionario, y no en el caso en que se lo pida o acepte *por haberlo cometido*⁷⁷. Esto conduce al siguiente contrasentido. Para el legislador, resulta más grave la conducta de un empleado que solicita o acepta un beneficio económico por haber ejecutado un acto propio de su cargo, en razón del cual no le están señalados derechos (según el art. 248, las penas son suspensión y multa), o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo (según el art. 248 bis, las penas son inhabilitación, multa y una pena privativa de libertad), que el comportamiento del funcionario que solicita o acepta un beneficio econó-

⁷⁷ Cfr. la constatación de esta omisión en MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones...*, cit., p. 204.

mico por haber cometido un delito ministerial (conducta que resultaría impune por atípica, al no estar contemplada en el art. 249, salvo que en el caso concreto pueda considerarse que, al haberse cometido el delito funcionario, se ha ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo que el empleado detenta, siendo entonces aplicable el art. 248 bis).

2. Pena del concreto delito ministerial cometido por el funcionario.

Con la modificación que en esta materia introdujo la ley N° 19.645, de 1999, para determinar la pena aplicable al empleado que cometía un delito ministerial asociado al cohecho del funcionario público agravado del art. 249, además de la pena de este último delito, pasó a ser necesario examinar la pena privativa de libertad que el inciso segundo del art. 250 establecía para el cohecho del particular asociado al cohecho del funcionario agravado del art. 248 bis, es decir, reclusión menor en grado medio. Si la pena por el concreto delito ministerial cometido por el empleado era inferior a la señalada pena privativa de libertad, el art. 249 obligaba a imponer esta última. Esta situación cambió con la ley N° 19.829, de 2002, que le dio al inciso segundo del art. 249 su actual redacción. Conforme a ésta, resulta claro, sin necesidad de acudir a otra disposición a la que se remita, que la pena del empleado que comete un delito ministerial asociado a un cohecho de funcionario agravado del art. 249, sin perjuicio de la pena correspondiente a este último delito, no puede ser inferior a reclusión menor en su grado medio. No es ésta una regla que sustituya la determinación judicial concreta de la pena, sino que se trata del marco legal abstracto de pena, desde el cual el juzgador debe partir en el procedimiento de individualización de la sanción, tomando en cuenta los diversos factores que inciden en él (concursos, etapas de desarrollo del delito, intervención en el hecho, circunstancias modificatorias de responsabilidad concurrentes, extensión del mal producido por el delito, etc.)⁷⁸.

⁷⁸ Así fue señalado por el profesor Antonio Bascuñán Rodríguez en la sesión pertinente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, durante la tramitación del proyecto de ley que derivó en la ley N° 19.829, manifestándose de acuerdo el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, profesor Francisco Maldonado Fuentes. Cfr. *Diario de sesiones del Senado*, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 25ª, martes 3 de septiembre de 2002, pp. 2618 y s.

3. Importancia de la determinación del concreto delito ministerial cometido por el funcionario público, en razón del beneficio económico solicitado o aceptado.

El art. 249 sólo se pone en la hipótesis de delitos funcionarios previstos en el título V o en el párrafo 4 del título III del libro segundo del Código Penal. En tal caso se produce un concurso material de delitos, integrado por el cohecho y el respectivo delito ministerial, para el que se ha contemplado en forma especial una regla de punición en el propio texto del señalado artículo («...sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público...»). Vale la pena, entonces, preguntarse qué sucede cuando el concreto delito ministerial cometido por el empleado es otro, como, por ejemplo, la falsificación de documento público por empleado público del art. 193 (que está en el título IV) y el atentado contra las formalidades del matrimonio del art. 388 (que está en el título VII). En estos casos, la sola solicitud o aceptación del beneficio económico por parte del funcionario no originaría todavía para éste responsabilidad penal, porque no cabría en el tipo agravado del art. 249 y, respecto del concreto delito ministerial, se trataría, en general, de un acto preparatorio impune⁷⁹. Pero si a la solicitud o aceptación del beneficio económico le sigue la efectiva comisión del delito ministerial, nacerá responsabilidad penal para el empleado por el correspondiente delito funcionario, agravada por la circunstancia modificatoria del art. 12 número 2 (cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa)⁸⁰. Por último, si la solicitud o aceptación del beneficio económico tiene como finalidad la comisión de un delito ministerial contemplado fuera del título V y del párrafo 4 del título III, que tenga la particularidad de ser de omisión propia (por ejemplo, la omisión de los empleados públicos de presentar denuncia, de conformidad con lo

⁷⁹ Sin embargo, dependiendo del caso, podría estimarse realizado el tipo agravado del art. 248 bis, en la parte en que alude a la solicitud o aceptación de un beneficio para la ejecución de un acto con infracción a los deberes del cargo.

⁸⁰ Salvo que, atendidas las particularidades del caso, pueda considerarse que con la sola solicitud o aceptación ya se habría realizado el tipo agravado del art. 248 bis, caso en el cual la posterior comisión del respectivo delito funcionario daría lugar a un concurso material de delitos, compuesto por el cohecho del empleado agravado del art. 248 bis y el correspondiente delito ministerial, concurso que se sancionaría según las reglas generales.

previsto en los arts. 175 letras a) y b) y 177 del Código Procesal Penal) y el delito funcionario omisivo efectivamente se comete, se produciría un concurso material de delitos compuesto por el respectivo delito omisivo funcionario y el cohecho agravado del art. 248 bis del Código Penal.

4. Falta de armonía entre las penas aplicables al empleado en las formas agravadas de cohecho del funcionario público (arts. 248 bis y 249).

Lo que hasta ahora he señalado permite concluir que existe una evidente desproporción entre las penas aplicables a los funcionarios públicos en las formas agravadas de cohecho que pueden cometer. Me refiero, concretamente, a las penas aplicables en las hipótesis de cohecho antecedente, sin que se llegue a ejecutar el acto o a incurrir en la omisión que motiva la solicitud o la aceptación del beneficio económico. Cuando con el beneficio se busca omitir un acto debido propio del cargo del funcionario o ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo (art. 248 bis), se contempla la aplicación de una pena privativa de libertad –junto con penas de inhabilitación y multa–, aun cuando en definitiva no se incurra en la omisión ni se ejecute el acto. En cambio, cuando con el beneficio económico se busca la comisión de un delito ministerial (art. 249), si el delito funcionario no se comete, sólo se prevé la aplicación de penas de inhabilitación y multa. Ello es así, porque de lo dispuesto en el inciso segundo del art. 249 se desprende que la pena privativa de libertad allí contemplada se aplica sólo si el delito ministerial efectivamente se comete. La crítica, entonces, resulta obvia. Atendido el tenor de las disposiciones en comento, para el legislador es más grave que un funcionario público solicite o acepte un beneficio económico para omitir un acto debido propio de su cargo o para ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo, que para cometer un delito ministerial en el ejercicio de su cargo. Esto es inaceptable y requiere una urgente modificación legal, en el sentido de declarar aplicable la pena privativa de libertad al empleado por el solo hecho de solicitar o aceptar el beneficio económico para ejecutar el delito funcionario, sin hacer depender la aplicación de aquélla de la efectiva comisión de éste.

IX. FIGURA BÁSICA DE COHECHO DEL PARTICULAR, ACTIVO O PASIVO (ART. 250).

Se sanciona al que ofrece (modalidad activa) o consiente en dar (modalidad pasiva) a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones previstas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas⁸¹. Se castiga más severamente el ofrecer el beneficio que el consentir en darlo⁸². Y se establecen penas más graves para este delito cuando el beneficio que se ofrece o consiente en dar se relaciona con la comisión de delitos funcionarios del art. 249, que cuando se vincula con las acciones u omisiones del art. 248 bis, siendo la modalidad más benigna aquella en que el beneficio se refiere a las acciones del art. 248.

Para no repetir consideraciones ya efectuadas, remito al lector a lo que he señalado más arriba a propósito del beneficio económico. Pero debo precisar, en relación con la adecuación social, que esto significa que resulta procedente acudir a este principio sólo para excluir las conductas de ofrecer o consentir en dar un beneficio económico en relación con las acciones del art. 248, a pesar de caber en el tenor literal del art. 250, y no respecto de las acciones u omisiones de los arts. 248 bis y 249. Ello es así, porque lo impide la finalidad que debe tener el ofrecimiento o el consentimiento en dar el beneficio económico. La sociedad puede estimar adecuado o tolerar, bajo ciertas circunstancias, que los particulares entreguen a los funcionarios beneficios porque han cumplido su deber o para que lo cumplan, pero

⁸¹ Nótese que en la redacción que la ley N° 19.829 asignó al inciso primero del art. 250 se ha incurrido en un error de sintaxis, al utilizar la expresión «o por haberla realizado». Debería sustituirse la palabra «haberla» por la voz «haberlas»

⁸² Al establecer esta forma de sancionar el cohecho del particular, introducida por la ley N° 19.829, se ha estimado que resulta más grave ofrecer un beneficio económico que sólo consentir en darlo al funcionario que lo ha pedido, atendido que en este último caso el particular, más bien, cede ante una presión. Así lo expusieron los abogados de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, Sres. Francisco Maldonado Fuentes y Fernando Londoño Martínez, ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, frente a una consulta del Diputado Juan Bustos Ramírez acerca de la razón de la diferencia de penalidad entre ambas situaciones. Cfr. *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 11ª, martes 2 de julio de 2002, p. 133. Cfr. la crítica a idéntico proceder en la regulación española del delito de cohecho, de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El delito de cohecho*, cit., p. 167.

no resulta aceptable para la misma sociedad que esos beneficios se entreguen para que los empleados no cumplan su deber o como recompensa por haber dejado de cumplirlo, o para que cometan delitos en el ejercicio de sus cargos.

1. Verbo rector.

Al igual que los tipos básico y agravados de cohecho del funcionario, el tipo de cohecho del particular es de conductas alternativas. Se exige que se realice un comportamiento consistente en ofrecer un beneficio económico o en consentir en darlo. Lo primero significa, según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, «comprometerse alguien a dar, hacer o decir algo» (1ª acepción); «presentar y dar voluntariamente algo» (2ª acepción). Pero no es necesario que el ofrecimiento se haga en términos formales y explícitos, porque el tipo no lo exige, sino que basta cualquier conducta que revele inequívocamente la proposición económica que el particular le hace al empleado público, como, por ejemplo, mostrarle un fajo de billetes que se tiene en el bolsillo. Lo segundo, también según el mencionado Diccionario, significa «permitir algo o condescender en que se haga» (1ª acepción). Pero tampoco es necesario que se consienta de manera expresa en entregar al funcionario lo que éste ha pedido, bastando cualquier comportamiento que constituya una manifestación de voluntad del particular en dicho sentido, como, por ejemplo, asentir con la cabeza. Luego, no se requiere que el particular efectivamente entregue algo al empleado para que su conducta se estime típica.

2. Inclusión de la frase «...en provecho de éste o de un tercero...».

Con la modificación introducida en esta materia por la ley N° 19.645, en todos los tipos de cohecho del funcionario (arts. 248, 248 bis y 249) se contempló expresamente la posibilidad de que el beneficio económico que éste solicitara o aceptara pudiese ser para sí o para un tercero. Sin embargo, nada se previó para el cohecho del particular (art. 250). La disposición que tipificaba este último delito no se ponía en el caso de beneficios económicos ofrecidos o consentidos a favor de terceros, lo que constituía un grave vacío punitivo⁸³. Por ejemplo, la conducta de ofrecer o consentir en dar a

⁸³ El Mensaje presidencial con que se inició la tramitación del proyecto de ley que derivó en la ley N° 19.829, en su parte pertinente, señala: «se incorpora expresa-

un partido político una importante suma de dinero, a cambio de que un funcionario público no ejerciera la labor fiscalizadora a que se encontraba obligado, quedaba fuera del tipo. Fue necesario, entonces, colmar esta laguna, lo que se hizo con la ley N° 19.829⁸⁴, la que agregó en el texto del inciso primero del art. 250 la frase «...en provecho de éste o de un tercero...». En consecuencia, hoy se castigan como cohecho del particular no sólo los casos en que el beneficio económico ofrecido o consentido por el particular vaya en provecho del funcionario, sino también aquellos en que el beneficio vaya en provecho de un tercero.

3. Frase «para que realice las acciones o incurra en las omisiones [...] o por haberla⁸⁵ realizado o haber incurrido en ellas».

Tal como lo he señalado para frases similares contempladas en los tipos de cohecho del funcionario, esta frase incorporada en el tipo de cohecho del particular contiene una exigencia subjetiva, cual es que debe concurrir dolo directo en el sujeto activo. En efecto, la mencionada expresión no resulta compatible con un dolo eventual. Sólo de quien actúa con dolo directo puede decirse que ofrece o consiente en dar algo *para* que se realicen ciertas acciones o se incurra en ciertas omisiones o *por* haberlas realizado o haber incurrido en ellas.

mente la hipótesis de dádiva destinada a un tercero, situación que se encontraba explicitada sólo en los tipos de cohecho pasivo, omitiéndose su referencia en la figura activa». Véase *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*, Legislatura 345ª, Extraordinaria, sesión 16ª, martes 13 de noviembre de 2001, p. 54. Por su parte, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, recaído en el proyecto de ley, en su parte pertinente, expresa: «el tenor literal de la norma actual lleva a pensar que el beneficio ofrecido sólo puede ser en provecho del funcionario público, pero no de un tercero, razón por la que se prefirió ampliar expresamente la figura, para establecer que la dádiva puede ceder también en beneficio de un tercero». Cfr. *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 11ª, martes 2 de julio de 2002, p. 132.

⁸⁴ Sin embargo, en opinión del profesor Antonio Bascuñán Rodríguez, el cambio no vino a colmar ninguna laguna, porque la posibilidad de que el beneficio fuera en provecho de un tercero, a su juicio, ya se encontraba especificada en las disposiciones que precedían al art. 250, de modo que la reforma habría venido sólo a aclarar posibles dudas, opinión con la que estuvieron de acuerdo el profesor Francisco Maldonado Fuentes y los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Cfr. *Diario de sesiones del Senado*, Legislatura 347ª, Ordinaria, sesión 25ª, martes 3 de septiembre de 2002, p. 2620.

⁸⁵ *Vid.* nota 81.

realicen ciertas acciones o se incurra en ciertas omisiones o *por* haberlas realizado o haber incurrido en ellas.

4. Infracción al principio de proporcionalidad en el cohecho del particular asociado al cohecho de funcionario agravado del art. 249.

La redacción del art. 250 permite sostener que contiene una grave infracción al principio de proporcionalidad. Me refiero a la falta de armonía que existe entre la pena aplicable al particular que ofrece o consiente en dar al empleado un beneficio económico para que cometa alguno de los delitos ministeriales señalados en el art. 249 y la pena aplicable al funcionario que solicita o acepta recibir un beneficio económico para cometer alguno de estos delitos, sin que en definitiva lo cometa. En este caso, al particular se le castigaría con penas de multa e inhabilitación (art. 250 inciso primero) y, además, con una pena privativa de libertad (art. 250 inciso tercero). En cambio, al funcionario se le sancionaría sólo con penas de multa e inhabilitación (art. 249 inciso primero); no se le impondría pena privativa de libertad porque, como lo señalé más arriba, del inciso segundo del art. 249 se desprende que para eso sería necesario que cometa el delito ministerial que se busca con el beneficio que pide o acepta. La crítica es evidente. No resulta aceptable que el particular sea castigado con penas más graves que el funcionario público, atendida la diferente forma en que el bien jurídico resulta afectado por la conducta de cada uno. Si, como lo he sostenido, el cohecho del funcionario es un delito de lesión o daño efectivo para el correcto servicio que la Administración debe prestar a los ciudadanos, en tanto que el cohecho del particular es un delito de peligro para el mismo bien jurídico, el respeto del principio de proporcionalidad y de lesividad debería conducir a que sea el empleado quien soporte las penas más severas y no el particular. Por eso sugiero interpretar restrictivamente el inciso tercero del art. 250, para entender que las penas privativas de libertad allí contempladas sólo resultan aplicables cuando el funcionario efectivamente cometa el delito ministerial de que se trate. Hago esta sugerencia, mientras no se modifique su texto en el sentido indicado o no se cambie el art. 249, incorporando en esta disposición una pena privativa de libertad para el empleado que no llega a cometer el delito funcionario que se busca con el beneficio que solicita o acepta, corrigiendo así la denunciada falta de armonía.

X. FIGURA PRIVILEGIADA DE COHECHO DEL PARTICULAR. COHECHO EN CAUSA CRIMINAL A FAVOR DEL PROCESADO (ART. 250 BIS).

Se sanciona con penas más benignas (sólo con multa) el cohecho del particular cuando tiene por objeto la realización u omisión de una actuación de las previstas en los tipos básico o agravado de cohecho del funcionario de los artículos 248 ó 248 bis, que medie en una causa criminal a favor del procesado⁸⁶ y sea cometido por su cónyuge o por ciertos parientes.

1. Fundamento de la atenuación.

Poco se ha preocupado la doctrina nacional de estudiar las razones que justifican la atenuación de pena que, respecto del tipo básico de cohecho del particular del artículo 250 del Código Penal, prevé el tipo privilegiado del artículo 250 bis del mismo cuerpo legal. Pero quienes se han pronunciado sobre el punto han afirmado que el fundamento de la atenuación se encuentra en la culpabilidad, concretamente, en una menor exigibilidad de otra conducta, es decir, en que en los casos a que alude la última disposición el legislador estima menos exigible el comportamiento adecuado a Derecho, atendidos los especiales lazos que unen al autor del delito con el imputado o acusado en la causa criminal.⁸⁷ Por su parte, en la doctrina española ésta parece ser la posición mayoritaria, de cara al artículo 424 del Código Penal ibérico, que consagra una atenuación de pena en términos muy similares a los del artículo 250 bis de nuestro Código Penal.⁸⁸

⁸⁶ Llama la atención el hecho de que el artículo 250 bis del Código Penal aluda todavía al procesado, denominación propia del antiguo sistema de enjuiciamiento criminal. La ley N° 19.806, publicada en el Diario Oficial el 31 de mayo de 2002, adecuó una serie de Códigos y leyes de la República al nuevo sistema de justicia penal, modificando con dicho fin varias disposiciones del Código Penal (por ejemplo, sustituyó en los artículos 206 y 207, que aluden al delito de falso testimonio, la palabra «procesado» por la expresión «imputado o acusado»), pero olvidando actualizar el texto del citado artículo.

⁸⁷ Cfr. ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., tomo IV, p. 259, afirmando que esta disposición se inspira «en la admisión de ciertos principios de la concepción normativa de la culpabilidad y de la no exigibilidad de otra conducta».

⁸⁸ Cfr., dentro de esta posición mayoritaria, entre otros, CASAS BARQUERO, *Observaciones técnico-jurídicas...*, cit., p. 249; EL MISMO, *Algunos aspectos...*, cit., p. 667; DÍAZ Y GARCÍA

Mi opinión es distinta. Por un lado, no me parece que la presencia de algunas de las relaciones de parentesco que en la citada disposición se indican, necesariamente, conduzca a una modificación en el juicio de reproche o a una falta de normalidad motivacional del sujeto mediante normas, cualquiera sea la concepción del lector acerca de la culpabilidad. Piénsese, por ejemplo, en las relaciones de parentesco por afinidad existentes entre suegro(a) y yerno o nuera o entre cuñados. Es bastante discutible sostener que el sujeto que actúa para favorecer a personas con quienes está ligada por esta clase de relaciones lo haga siempre en una situación de anormalidad que le impida ser motivado por las normas o que a su respecto disminuya el juicio de reproche. Por otro lado, el legislador no alude de modo expreso a consideraciones de afectividad u otras análogas que deban unir al sobornante con la persona favorecida con su conducta⁸⁹. En consecuencia, no creo que sean razones de menor exigibilidad del comportamiento conforme a Derecho las que explican esta atenuación de pena, sino que se trata de consideraciones de política criminal que buscan proteger la institución de la familia, atendida su importancia en nuestra sociedad, lo que me permite afirmar que, más bien, nos encontramos en presencia de una semi excusa legal absolutoria⁹⁰ o, si se me permite la denominación, una excusa legal atenuatoria, que no dice relación con alguno de los elementos del delito, sino con su punibilidad.

CONLLEDO, *El delito de cohecho*, cit., p. 168. *Vid.* también OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 445 y ss., aludiendo a una motivación anormal fruto de la relación de afectividad y de los vínculos familiares.

Art. 424 del Código Penal español de 1995: «*Cuando el soborno mediar en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de multa de tres a seis meses*».

⁸⁹ Como sí lo hace el citado artículo 424 del Código Penal español. *Vid.* su texto en nota precedente.

⁹⁰ La misma discusión se plantea acerca de la determinación del fundamento de la exclusión (no atenuación) de pena en la hipótesis de encubrimiento del cónyuge o de ciertos parientes del inciso final del artículo 17 del Código Penal.

Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en el Derecho Penal*, 1973, pp. 242 y ss., quien, refiriéndose al artículo 392 del Código Penal español de 1973, precedente inmediato del artículo 424 del Código Penal español de 1995, consideraba la cláusula de atenuación allí contenida como una semi excusa absolutoria. Citado por OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., p. 449.

La determinación del fundamento de esta cláusula de atenuación de pena en el cohecho del particular no es un asunto baladí. Importantes efectos se pueden derivar del hecho de sostener una u otra posición, en diversas materias. Por ejemplo, en lo que respecta al posible error acerca de la concurrencia de la relación conyugal o de parentesco. Si se afirma que se trata de una semi excusa legal absolutoria, en caso de concurrir efectivamente el nexo exigido entre el autor del hecho y la persona imputada o acusada en una causa criminal, será aplicable el artículo 250 bis del Código Penal, aun cuando el sujeto activo ignore la existencia de dicho vínculo. En cambio, si se sostiene que el fundamento de la atenuación se encuentra dentro de la culpabilidad, no podrá aplicarse la citada disposición si el sujeto ignora la concurrencia del nexo parental o conyugal, siendo entonces aplicable el tipo básico de cohecho del particular del artículo 250.

2. Conducta realizada por el imputado o acusado en favor suyo.

Llama la atención el hecho de que el artículo 250 bis del Código Penal sólo aluda a los casos en que el cohecho del particular tiene lugar en causa criminal a favor del imputado o acusado, cuando éste es cónyuge o pariente de quien realiza la conducta, y no se ponga en la hipótesis en que el sobornante es el propio imputado o acusado⁹¹. Pareciera, en un primer acercamiento al tema, que se trata de una omisión del legislador. Sin embargo, a mi juicio, es esto algo lógico y coherente con la fundamentación que atribuyo a la existencia de esta cláusula de atenuación. En efecto, dado que nos encontramos en presencia de una semi excusa legal absolutoria o, en otras palabras, una excusa legal atenuatoria, fundada en consideraciones de política criminal que buscan proteger la institución de la familia, a partir del reconocimiento de su importancia en nuestra sociedad, no puede extenderse su aplicación a los casos por cuya eventual omisión nos preguntamos, porque en ellos no caben consideraciones de esta clase. Cuando el imputado o acusado realiza una conducta de cohecho en una causa criminal en favor propio, no entran en juego dichos intereses político-crimina-

⁹¹ Cfr. la extrañeza que en la doctrina española causa idéntica omisión del artículo 424 del Código Penal español, en CASAS BARQUERO, *Observaciones técnico-jurídicas...*, cit., p. 250; EL MISMO, *Algunos aspectos...*, cit., p. 668; DÍAZ Y GARCÍA CONILLED, *El delito de cohecho*, cit., p. 168.

les, por lo que no resulta pertinente la atenuación de su pena. Si el fundamento de esta cláusula, en cambio, estuviera en la disminución de la culpabilidad, por una menor exigibilidad de la conducta adecuada a Derecho — cuestión que no comparto—, entonces sí sería procedente sostener que es ésta una omisión, porque si dicha exigibilidad disminuye cuando se quiere ayudar al cónyuge o a parientes, con mayor razón disminuirá cuando se trata de ayudarse uno mismo⁹². En consecuencia, la hipótesis por la que nos cuestionamos debe ser sancionada conforme al tipo básico de cohecho del particular del artículo 250 del Código Penal.

En todo caso, lo dicho no quiere decir que al imputado o acusado que en causa criminal realiza una conducta de cohecho en favor propio nunca se le pueda atenuar la pena. Siempre será posible aplicar las reglas generales acerca de eximentes y atenuantes de responsabilidad penal fundadas en ausencia o disminución de la exigibilidad de otra conducta.

XI. ACERCA DEL ÍTER CRIMINIS EN LOS DIVERSOS TIPOS DE COHECHO, TANTO DEL FUNCIONARIO, COMO DEL PARTICULAR.

El cohecho es un delito de mera actividad, toda vez que se perfecciona con la realización de una conducta, sin exigirse para su consumación que se produzca un resultado material unido por relación de causalidad e imputación objetiva con el comportamiento. En consecuencia, resulta imposible concebir este delito en grado de frustración, porque si el delincuente ejecuta todos los actos que la ley pone de su cargo, que es lo que el artículo 7° del Código Penal exige para el delito frustrado —además de que la consumación no se verifique por causas independientes de su voluntad— el cohecho ya se habrá consumado.

Si bien en lo anterior existe claridad, ésta desaparece cuando se examina la posibilidad de concebir una tentativa de cohecho. Por un lado, hay quienes sostienen que este delito no admite formas imperfectas de ejecución⁹³, es decir, ni frustración ni tentativa. Por otro, hay quienes señalan

⁹² Así lo reconoce OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., p. 458.

⁹³ Cfr. MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones...*, cit., p. 203, quienes al aludir al tipo básico de cohecho del funcionario del artículo 248 del Código Penal, lo califican como un delito formal, «que no puede admitir etapas previas de desarro-

que es muy difícil que se dé una tentativa de cohecho⁹⁴. Finalmente, otros afirman que es perfectamente posible apreciar una tentativa de cohecho⁹⁵. Me inclino por esta última postura. En efecto, considero procedente apreciar una tentativa en un delito de mera actividad, siempre que su ejecución sea fraccionable en el tiempo⁹⁶. Las conductas que a título de cohecho se sancionan, dependiendo de cada caso, pueden admitir fraccionamiento en el tiempo. Los comportamientos consistentes en *solicitar*, en el caso del cohecho del funcionario, y en *ofrecer*, en el caso del cohecho del particular, son susceptibles de dividirse, imaginariamente, en distintas etapas. Por ejemplo, la redacción de una carta en la que el funcionario solicita —o el particular ofrece— un beneficio económico, la entrega de la carta en las oficinas de correos, el traslado de la misma hasta el lugar de destino y su recepción por parte del destinatario. Hasta que esta última etapa no tenga lugar, no puede decirse que el empleado público haya solicitado a alguien un beneficio económico, ni que el particular se lo haya ofrecido a un funcionario, por lo que el cohecho no estará consumado, sino sólo tentado. Solicitar algo de alguien supone que el mensaje se emita y se reciba⁹⁷, en tanto que ofrecer algo a alguien implica que la propuesta llegue a conocimiento del destinatario⁹⁸. Imagínese, verbigracia, el caso en que para el traslado de la carta que contiene la solicitud o el ofrecimiento de un beneficio económico se recurre a un intermediario, quien, tras imponerse de su contenido, denuncia el hecho o destruye el documento. O bien, el caso en que la carta enviada se pierde en el camino. En casos como éstos, estarán satisfechas las exigencias literales del tipo de tentativa de la figura de cohecho que corresponda. En cambio, las conductas consistentes en

llo»; GIMENO LAHOZ / CORBELLÁ HERREROS, *Comentarios...*, cit., pp. 75 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 960.

⁹⁴ Vid. CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos...*, cit., p. 210; FERREIRA DELGADO, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 91.

⁹⁵ Cfr. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 239 y ss.

⁹⁶ En dicho sentido, POLITOFF LIFSCHITZ, *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y de Derecho penal comparado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 20.

⁹⁷ Cfr. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., p. 240. En contra, GIMENO LAHOZ / CORBELLÁ HERREROS, *Comentarios...*, cit., p. 76: «...la consumación se reputa producida en cuanto se emite la petición...».

⁹⁸ Así, BUOMPADRE, *Delitos contra la Administración Pública...*, cit., pp. 200 y ss.

aceptar, en el cohecho del empleado, y en *consentir en dar*, en el cohecho del particular, no admiten ser fraccionadas en el tiempo, por lo que respecto de ellas no sólo será imposible la frustración, sino también la tentativa.

Como se comprenderá, si se acepta la posibilidad de apreciar una tentativa de cohecho, siempre que se trate de comportamientos fraccionables en el tiempo, también será admisible el desistimiento de dicha tentativa.⁹⁹ Ello ocurrirá cada vez que el sujeto abandone voluntariamente la ejecución de la conducta, evitando la consumación del delito. Por ejemplo, imagínese el caso en que un funcionario público, desde Santiago, envía una carta con una solicitud de un beneficio económico dirigida a un particular que vive en Valparaíso, a través del servicio de encomiendas de una empresa de buses y, mientras la carta es transportada a su lugar de destino, el empleado se arrepiente, viajando raudamente en dirección al puerto hasta alcanzar el bus que lleva la carta y recuperarla. Un caso como éste constituiría una tentativa desistida impune.

Una cosa es aceptar —como lo hago— la posibilidad de apreciar conceptualmente una tentativa de cohecho, vinculando la definición legal de la tentativa del inciso final del artículo 7° del Código Penal con el correspondiente tipo de cohecho de los artículos 248 y siguientes del mismo texto legal, y otra muy distinta es analizar si acaso la tentativa de cohecho presenta un desvalor tal que justifique su castigo. En otras palabras, si tiene un grado de lesividad suficiente para el bien jurídico que se quiere proteger con la regulación del delito de cohecho. En relación con este tema, algunos autores han señalado que la tentativa de cohecho, si bien puede conceptualmente admitirse, no puede ser sancionada, por encontrarse demasiado alejada del bien jurídico tutelado.¹⁰⁰ Sin embargo, a mi juicio, el castigo de la tentativa de cohecho se encuentra plenamente justificado. Quienes se opo-

⁹⁹ En este sentido, VALEJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., p. 241.

¹⁰⁰ Así, OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., p. 406: «Puede afirmarse que en un delito como el cohecho, en el que se consideran consumadas conductas que desde los principios generales del Derecho penal suponen una tentativa (como la conducta de solicitar o la conducta de intentar corromper en el delito de cohecho activo), y que por lo tanto quedan ya bastante alejadas del bien jurídico protegido, las conductas que supongan una tentativa de éstas no tendrán el suficiente desvalor para ser castigadas en virtud del principio de fragmentariedad del Derecho penal. Quizás pudiera afirmarse que dichas conductas no suponen un ataque del bien jurídico lo suficientemente grave para ser considerado penalmente relevante».

nen a que se sancione la tentativa de cohecho, con argumentos que giran en torno a la falta de afectación suficiente del bien jurídico, lo hacen a partir de concepciones del bien jurídico protegido por este delito que he desechado más arriba. Desde esas posiciones resulta comprensible que se propugne la impunidad de la tentativa de cohecho. Pero si se asume mi postura acerca del bien jurídico tutelado en el cohecho, no resulta difícil apreciar un desvalor suficiente en la tentativa de este delito para justificar su castigo. En efecto, si se acepta que el bien jurídico protegido en el cohecho es el correcto servicio que la Administración debe prestar a los ciudadanos, lo cual se traduce, entre otras cosas, en la exigencia de que a los ciudadanos no se les pida que paguen por dicha prestación o que paguen más que lo que se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico, se podrá fácilmente colegir que la sanción de las tentativas de cohecho, cuando éstas son conceptualmente admisibles, se encuentra plenamente justificada desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico, porque en estos casos, precisamente, se ha comenzado a pedir aquello que se quiere evitar que se pida.

XII. ANEXO DE DISPOSICIONES CHILENAS CITADAS.

Código Penal

Art. 7º.- Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.

Art. 12.- Son circunstancias agravantes: [...]

2.ª Cometerlo mediante precio, recompensa o promesa.

Art. 17.- Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

Aproximación al delito de cohecho en el Código Penal chileno

1° Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito.

2° Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento.

3° Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable.

4° Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven. Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, con sólo la excepción de los que se hallaren comprendidos en el número 1° de este artículo.

Art. 149.- Serán castigados con las penas de reclusión menor y suspensión en sus grados mínimos a medios:

1° Los que encargados de un establecimiento penal, recibieren en él a un individuo en calidad de preso o detenido sin haberse llenado los requisitos prevenidos por la ley.

2° Los que habiendo recibido a una persona en clase de detenida, no dieran parte al tribunal competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

3° Los que impidieren comunicarse a los detenidos con el juez que conoce de su causa y a los rematados con los magistrados encargados de visitar los respectivos establecimientos penales.

4° Los encargados de los lugares de detención que se negaren a transmitir al tribunal, a requisición del preso, copia del decreto de prisión, o a reclamar para que se dé dicha copia, o a dar ellos mismos un certificado de hallarse preso aquel individuo.

5° Los que teniendo a su cargo la policía administrativa o judicial y sabedores de cualquiera detención arbitraria, no la hicieren cesar, teniendo facultad para ello, o en caso contrario dejaren de dar parte a la autoridad superior competente.

6° Los que habiendo hecho arrestar a un individuo no dieron parte al tribunal competente dentro de las cuarenta y ocho horas, poniendo al arrestado a su disposición.

En los casos a que se refieren los números 2°, 5° y 6° de este artículo, los culpables incurrirán respectivamente en las penas del artículo anterior, si pasaren más de tres días sin cumplir con las obligaciones cuya ejecución se castiga en tales números.

Art. 150 A.- El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente.

Las mismas penas, disminuidas en un grado, se aplicarán al empleado público que, conociendo la ocurrencia de las conductas tipificadas en el inciso precedente, no las impidiere o hiciera cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello.

Si mediante alguna de las conductas descritas en el inciso primero el empleado público compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información, la pena será de presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo y la accesoria correspondiente.

Si de la realización de las conductas descritas en este artículo resultare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397° o la muerte de la persona privada de libertad, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del empleado público, la pena será de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio y de inhabilitación absoluta perpetua.

Art. 193.- Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo el empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad:

1° Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica.

2° Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.

3° Atribuyendo a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.

4° Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales.

5° Alterando las fechas verdaderas.

6° Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido.

7° Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original.

8° Ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier documento oficial.

Art. 206.- El testigo, perito o intérprete que ante un tribunal faltare a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso civil o por falta, y con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito.

Tratándose de peritos e intérpretes, sufrirán además la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena.

Si la conducta se realizare contra el imputado o acusado en proceso por crimen o simple delito, la pena se impondrá en el grado máximo.

Están exentos de responsabilidad penal por las conductas sancionadas en este artículo quienes se encuentren amparados por cualquiera de los supuestos a que se refiere el artículo 305 del Código Procesal Penal.

Art. 207.- El que, a sabiendas, presentare ante un tribunal a los testigos, peritos o intérpretes a que se refiere el artículo precedente, u otros medios de prueba falsos o adulterados, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso civil o por falta, y con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito.

Los abogados que incurrieren en la conducta descrita sufrirán, además, la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena.

Tratándose de un fiscal del Ministerio Público, la pena será de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

En todo caso, si la conducta se realizare contra el imputado o acusado en proceso por crimen o simple delito, la pena se impondrá en el grado máximo.

Art. 224.- Sufrirán las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos a medios: [...]

4º Cuando maliciosamente omitan decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no lleven a efecto la decretada, pudiendo hacerlo.

Art. 229.- Sufrirán las penas de suspensión de empleo en su grado medio y multa de seis a diez sueldos vitales, los funcionarios a que se refiere el artículo anterior, que, por malicia o negligencia inexcusables y faltando a las obligaciones de su oficio, no procedieren a la persecución o aprehensión de los delincuentes después de requerimiento o denuncia formal hecha por escrito.

Art. 237.- El empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante, sufrirá la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio.

Esta disposición es aplicable al empleado público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración.

Art. 240.- El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren, y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarías.

Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo dieren interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción.

Asimismo, se sancionará con iguales penas al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquiera forma.

Art. 240 bis.- Las penas establecidas en el artículo precedente serán también aplicadas al empleado público que, interesándose directa o indirectamente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en éste para obtener una decisión favorable a sus intereses.

Las mismas penas se impondrán al empleado público que, para dar interés a cualquiera de las personas expresadas en los incisos tercero y final del artículo precedente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en él para obtener una decisión favorable a esos intereses.

En los casos a que se refiere este artículo el juez podrá imponer la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos.

Art. 248.- El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados.

Art. 248 bis.- El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber

omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, y además, con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.

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

Art. 249.- El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con la pena de inhabilitación especial perpetua e inhabilitación absoluta temporal, o bien con inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triplo del provecho solicitado o aceptado.

Lo establecido en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público, la que no será inferior, en todo caso, a la de reclusión menor en su grado medio.

Art. 250.- El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante

será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido. En estos casos, el sobornante no podrá ser sancionado, adicionalmente, por la responsabilidad que le hubiere cabido en el crimen o simple delito cometido por el funcionario.

Art. 250 bis.- En los casos en que el delito previsto en el artículo anterior tuviere por objeto la realización u omisión de una actuación de las señaladas en los artículos 248 ó 248 bis que mediar en causa criminal a favor del procesado, y fuere cometido por su cónyuge, por alguno de sus ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, por un colateral consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive, o por persona ligada a él por adopción, sólo se impondrá al responsable la multa que corresponda conforme las disposiciones antes mencionadas.

Art. 253.- El empleado público del orden civil o militar que requerido por autoridad competente, no prestare, en el ejercicio de su ministerio, la debida cooperación para la administración de justicia u otro servicio público, será penado con suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez sueldos vitales.

Si de su omisión resultare grave daño a la causa pública o a un tercero, las penas serán inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa de once a veinte sueldos vitales.

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.

Art. 388.- El oficial civil que autorice o inscriba un matrimonio prohibido por la ley o en que no se hayan cumplido las formalidades que ella exige para su celebración o inscripción, sufrirá las penas de relegación menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Igual multa se aplicará al ministro de culto que autorice un matrimonio prohibido por la ley. El ministro de culto que, con perjuicio de tercero, cometiere falsedad en el acta o en el certificado de matrimonio religioso destinados a producir efectos civiles, sufrirá las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados.

Código Procesal Penal

Art. 175.- *Denuncia obligatoria.* Estarán obligados a denunciar:

a) Los miembros de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile y de Gendarmería, todos los delitos que presenciaren o llegaren a su noticia. Los miembros de las Fuerzas Armadas estarán también obligados a denunciar todos los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones;

b) Los fiscales y los demás empleados públicos, los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos [...].

Art. 177.- *Incumplimiento de la obligación de denunciar.* Las personas indicadas en el artículo 175 que omitieren hacer la denuncia que en él se prescribe incurrirán en la pena prevista en el artículo 494 del Código Penal, o en la señalada en disposiciones especiales, en lo que correspondiere.

La pena por el delito en cuestión no será aplicable cuando apareciere que quien hubiere omitido formular la denuncia arriesgaba la persecución penal propia, del cónyuge, de su conviviente o de ascendientes, descendientes o hermanos.

Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N° 18.575)

Art. 64.- Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas: [...]

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique: *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, en Documentación Jurídica, año 1983, pp. 1095-1105.
- BALLÉN, Rafael: *Corrupción política*, Ed. Acrópolis – Ed. Jurídica Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994.
- BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Mave, Buenos Aires, 2001.
- CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, volumen V, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, 4ª edición revisada, Ed. Temis, Bogotá, 1993.
- CASAS BARQUERO, Enrique: *Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español*, en Documentación Jurídica N° 19, 1978, pp. 197-263.
- *Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas*, en Estudios Penales. Libro homenaje al profesor José Antón Oneca, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 655-671.
- CATALÁN SENDER, Jesús: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1999.
- CÓRDOBA RODA, Juan: *El cohecho de funcionarios públicos*, en VV.AA., Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 175-190.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *El delito de cohecho*, en VV.AA., Delitos contra la Administración Pública, edición al cuidado de Adela Asúa Batarrita, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.
- DONNA, Edgardo Alberto: *Delitos contra la administración pública*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo IV, 3ª edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- FERREIRA DELGADO, Francisco J.: *Delitos contra la Administración Pública*, 2ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1985.

GIMENO LAHOZ, Ramón / CORBELLÀ HERREROS, Teresa: *Comentarios sobre el delito de cohecho*, en VV.AA., *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*, coordinado por C. Ganzenmüller, J. F. Escudero y J. Frigola, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 71-88.

GRANADOS PÉREZ, Carlos: *El instrumento en el delito de cohecho*, en VV.AA., *Delitos de los funcionarios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 129-152.

LABATUT GLENA, Gustavo: *Derecho Penal*, tomo II, 7ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 1ª edición, Ed. Universidad de Talca, Talca, 2001.

MIR PUIG, Carlos: *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 12ª edición, Valencia, 1999.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio: *Derecho Penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)*, en VV.AA., *El nuevo Código Penal: propósitos y fundamentos*, Libro Homenaje al profesor Dr. Ángel Torío López, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 861-878.

- *La prevaricación del funcionario público*, Ed. Civitas – Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.

OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo: *Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (ley N° 19.829)*, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 30, N° 1, año 2003, Sección Estudios, pp. 39-53.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena: *Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* N° 10, año 2003, pp. 161-180.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y de Derecho penal comparado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

Aproximación al delito de cohecho en el Código Penal chileno

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis / OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena: *Delitos contra la función pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005..

RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999

- *La responsabilidad del particular en el delito de cohecho (Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1998)*, en Revista de Derecho y Proceso Penal, año 1999, N° 1, pp. 183-207.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *Transfuguismo retribuido y cohecho*, en Actualidad Penal 1994-1, pp. 439-448.

SABÁN GODOY, Alfonso: *El marco jurídico de la corrupción*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Ed. Edersa, Madrid, 1995.

- *Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)*, en Revista General de Derecho, junio 1994, pp. 6517-6542.

VERA VEGA, Jaime Andrés: *El delito de tráfico de influencias*, Ed. Jurídica La Ley, Santiago, 2004.

UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL COHECHO DE FUNCIONARIO PÚBLICO REGULADO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

JORGE VIZUETA FERNÁNDEZ
Universidad de Zaragoza, España

I. DELIMITACIÓN PREVIA

Las numerosas modalidades de cohecho que presenta el Código Penal español (Capítulo V, Título XIX, Libro II) obligan, si se quiere hacer una ordenación correcta de las mismas, a la utilización de diferentes criterios de clasificación. El primero de ellos atiende al sujeto activo del delito. De esta forma, podemos hablar de un cohecho cometido por autoridad o funcionario público (artículos 419, 420, 421, 425 y 426)¹ y de un cohecho cometido por particular (artículos 423 y 424). Esta terminología resulta más adecuada que las tradicionales denominaciones, todavía hoy empleadas, cohecho *pasivo* y cohecho *activo*, que coinciden con el cometido por funcionario público y por particular, respectivamente, y que dejaron de tener la concisión exigible desde el momento en que se castigó al funcionario público, no sólo por recibir dádivas o presentes o aceptar ofrecimientos o promesas, sino también «*cuando la iniciativa para la dádiva, presente ofrecimiento o promesa haya partido del funcionario público*» (art. 473, párrafo 4.º, del Código Penal español de 1928), y, del lado del particular, cuando, además de la conducta de corromper o intentar corromper a los funcionarios públicos, se previó la de aceptar sus solicitudes (art. 391 del Código Penal español de 1944).

¹ Hay que precisar que, en virtud del art. 422 del Código Penal, lo dispuesto en los artículos 419, 420 y 421 también es aplicable a «los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública», por lo que en relación con estos preceptos deberíamos hablar más bien, para abarcar a todos los posibles sujetos activos, de cohecho cometido por quien participa en el ejercicio de funciones públicas.

A su vez, dependiendo del momento en que se realiza la correspondiente acción típica, esto es, de si es anterior o posterior a la conducta contrapartida de la dádiva, el, más complejo, cohecho cometido por autoridad o funcionario público puede ser antecedente (artículos 419, 420, 421, 425.1, primer inciso, y 426, segundo inciso) o subsiguiente (art. 425.1, segundo inciso, y 2), sin olvidarnos de la modalidad del art. 426, inciso primero, que abarca supuestos de cohecho antecedente y subsiguiente, y que, a efectos de clasificación, llamaremos modalidad de recogida (o residual). Finalmente, dentro del cohecho antecedente, puede hacerse todavía una ulterior distinción, que obedece al hecho de que la conducta contrapartida de la dádiva sea conforme (artículos 425.1, primer inciso, y 426, segundo inciso) o contraria a Derecho (artículos 419, 420 y 421).

Como puede verse, el Código Penal español presenta una rica, aunque no siempre congruente, variedad de tipos de cohecho. En este trabajo vamos a analizar desde una perspectiva crítica las modalidades de cohecho cometidas por autoridad o funcionario público, comenzando por la que hemos denominado modalidad de recogida (o residual).

II. MODALIDAD DE RECOGIDA (O RESIDUAL)

El inciso primero del artículo 426 del Código Penal prevé la pena de multa de tres a seis meses para *la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función*.

La acción típica consiste en *admitir* dádiva o regalo. Se ha restringido por algún autor la admisión de dádiva o regalo a su recepción efectiva, excluyendo del tipo objetivo la aceptación de su promesa². Esta interpretación, correcta para la regulación que precede a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo³, se compadece mal con el tenor literal actual. En efecto, con

² Así OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, p. 875; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, pp. 1732 y 1733; MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos*, p. 224; CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, pp. 35 y 36; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., *Cohecho*, p. 260; y las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994 (R.J.A. 8026) y 29 de abril de 1995 (R.J.A. 2881).

³ El art. 390 del Código Penal de 1973 castigaba, en su redacción primigenia, al funcionario público *que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración a su*

anterioridad a la reforma introducida por la citada ley orgánica, al exigirse por el tipo que los regalos fueren *presentados* al funcionario, esto es, exhibidos y puestos en su presencia, su admisión se entendía como recepción efectiva, de tal forma que quedaba extramuros del tipo la aceptación de la promesa de entrega futura. Con la regulación actual, sin embargo, tal exclusión es difícil de fundamentar⁴. Admitir dádiva o regalo que le fueren *ofrecidos*, tal y como reza el art. 426, supone que el funcionario público admita el ofrecimiento que se le hace de una dádiva o regalo, y por ofrecimiento puede entenderse tanto la entrega inmediata de la cosa como la futura⁵. En definitiva, la modalidad en estudio castiga lo mismo la recepción efectiva de una dádiva o regalo que la aceptación de la promesa de su entrega futura. Queda excluida, eso sí, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de las modalidades de cohecho cometidas por funcionario público, la conducta de éste consistente en *solicitar*⁶.

La dádiva o regalo admitido por la autoridad o funcionario público ha de ser ofrecido *en consideración a su función*. En la regulación anterior, VALEIJE ÁLVAREZ excluía de esta modalidad de cohecho la admisión por el funcionario público de regalos ofrecidos como retribución por actos

oficio. Con la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, se añade al término *regalo*, de forma alternativa, el de *dádiva*, y ya no se habla de regalos *presentados* en consideración a su *oficio*, sino de dádiva o regalo que le fueren *ofrecidos* en consideración a su *función*, configuración esta que pasará al Código Penal vigente.

- ⁴ La inclusión de la aceptación de la promesa de la entrega futura de un regalo en el tipo del art. 426 no supone, como afirman MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, pp. 1732 y 1733, una interpretación extensiva, pues en ésta se aplica una ley a un hecho que no está claramente comprendido en su tenor literal, pero sí en su espíritu o voluntad (así CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, p. 208), y en el supuesto que nos ocupa no puede dudarse de que tal aceptación está claramente comprendida en la letra del art. 426 del Código Penal.
- ⁵ La primera de las acepciones que del verbo *ofrecer* presenta el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia es la de «prometer, obligarse uno a dar, hacer o decir algo», luego admitir un regalo que se ofrece a alguien abarca, sin duda, la aceptación de la promesa de su entrega futura.
- ⁶ Véanse FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, p. 175; CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, p. 187; CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, p. 902; MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos*, p. 227; y OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, p. 875.

ejecutados en el pasado, y ello porque, proceder de forma contraria, en su opinión, suponía violar el tenor literal del art. 390⁷: «los tribunales, castigando actualmente el llamado cohecho pasivo subsiguiente vía artículo 390, esto es, mediante la modalidad de cohecho pasivo impropio, están otorgando relevancia penal a un acto que queda fuera de su ámbito, al menos con arreglo a este artículo concreto, por lo que cabe colegir que su aplicación para el supuesto comentado, al forzar los exactos límites de un delito previsto y definido con justeza, inciden en una analogía «*in malam partem*» proscrita en nuestro Código Penal (...)»⁸.

En relación con esta opinión cabe preguntarse dónde se encuentra la analogía *in malam partem* si, como la misma autora reconoce, parece perfectamente posible desde el punto de vista literal «aplicar las penas del art. 390 al funcionario público que recibe una dádiva después de ejecutado el acto, con base en el «amplio marco» del tipo recogido en este precepto, amplitud que tiene su raíz en el hecho de que su primer inciso castigue ya «la admisión de regalos que le fueran presentados al funcionario en consideración a su oficio»⁹. Desde el momento en que, como veremos, el supuesto de hecho tiene perfecto acomodo en el tenor literal del precepto, esto es, en la expresión *en consideración a su función*, la analogía queda absolutamente descartada, pues para poder hablar de analogía la ley debe aplicarse a hechos que no estén comprendidos *ni en su letra* ni en su voluntad, pero sean semejantes a los comprendidos en la misma¹⁰. Para excluir del tipo en estudio la admisión por el funcionario público de regalos ofrecidos como retribución por actos ejecutados en el pasado, debería probarse, por tanto, con otro tipo de argumentación.

Tampoco nos parece convincente la exégesis que RODRÍGUEZ PUERTA hace de esta modalidad¹¹. Nos encontramos, en su opinión, ante un delito de peligro concreto para el bien jurídico principio de imparcialidad. Sujeto activo sólo podrá ser la autoridad o funcionario público que tenga atribuidas competencias, al menos genéricas, para adoptar decisiones

⁷ Precepto que se corresponde con el actual art. 426.

⁸ VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, pp. 182 y 183.

⁹ VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, p. 181.

¹⁰ Así CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, p. 208.

¹¹ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 273 y ss.

que puedan incidir sobre el ámbito de actividad propio del particular que ofrece o entrega la dádiva. Deberá constatarse, además, que el funcionario en el futuro tendrá necesariamente que pronunciarse sobre asuntos que puedan afectar al particular oferente¹². De esta manera, este delito vendría en aplicación únicamente «(...) en aquellos supuestos en los que resulta difícil determinar el concreto contenido del acuerdo alcanzado entre el particular (obsequiante) y el funcionario (obsequiado). Esto es, deberían calificarse conforme a esta figura delictiva aquellos casos en los que, habiendo quedado probado el acuerdo entre funcionario y particular, no se ha concretado su objeto. El precepto analizado se enderezaría así a extender el marco de tipicidad penal exclusivamente con relación a supuestos *sui generis* de «cohecho encubierto», en los que no se ha probado el concreto acto por el que se obsequia al funcionario»¹³.

La postura de esta autora sobre el inciso primero del artículo 426 del Código Penal es, ante todo, chocante. Y nos sorprende porque después de insistir una y otra vez en que se trata de una figura cuyo objeto jurídicamente tutelado no puede cifrarse en el principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas, negándole, por este motivo, la condición misma de modalidad de cohecho¹⁴, acaba realizando una forzada –en el sentido de exigir requisitos que no aparecen en la descripción típica¹⁵– interpretación que tiene como punto de referencia precisamente este bien jurídico, pues a él se alude cuando dice estar ante un delito de peligro concreto¹⁶.

¹² Véase MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, p. 1732.

¹³ Véanse RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, p. 276; y MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, pp. 1731 y 1732.

¹⁴ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 136, 138, 139, 273 y 274; y MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, pp. 1729 y ss.

¹⁵ En este punto nos asalta la duda de hasta dónde se puede llegar en una interpretación restrictiva de la ley: ¿se puede incluso, en el loable intento de dejar de aplicar un precepto a un supuesto claramente comprendido en su tenor literal, exigir requisitos adicionales ajenos por completo a la propia voluntad de la ley? ¿no está en estos casos el intérprete dejando de comportarse como tal para pasar a oficiar de legislador?

¹⁶ Véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos*, pp. 225 y ss., la crítica que se hace del principio de imparcialidad como bien jurídico protegido en el delito de cohecho.

Por otra parte, al calificar este delito de peligro concreto, el peligro del bien jurídico debe ser un elemento del tipo, y aquél sólo quedará consumado cuando se haya producido realmente el peligro del bien jurídico, en este caso el principio de imparcialidad¹⁷. Para saber cuándo se pone en peligro concreto el bien jurídico es preciso tener claro cuándo se produce su lesión, y para determinar ésta es necesario, si del principio de imparcialidad hablamos, conocer el concreto acto contrapartida de la dádiva, pues, según RODRÍGUEZ PUERTA, los hay que no afectan este bien jurídico, como los actos de naturaleza reglada. Ahora bien, si la figura en estudio, como mantiene esta autora, comprende únicamente los casos en los que, si bien se ha probado el acuerdo entre funcionario y particular, se desconoce el concreto acto que ha motivado la dádiva, no habrá manera en ningún caso de constatar el resultado de peligro concreto para el principio de imparcialidad, y, en consecuencia, la efectiva consumación del delito. En realidad, se está presumiendo que se trata de un acto en cuya adopción pueda interferir la entrega de la dádiva, pero esto supone ya entrar en contradicción con la propia calificación de delito de peligro concreto.

La locución *en consideración a su función* es sinónima de «en atención a su función», «debido a su función», «por motivo de su función». El ofrecimiento que se hace al funcionario, y que éste admite, ha de deberse, ha de encontrar razón en la función pública que desempeña. Se exige, pues, una conexión causal entre el regalo y la función pública que ejerce el funcionario que lo admite¹⁸. No es preciso, como de la propia expresión se deduce,

¹⁷ Véase CEREZO MIR, J., *Curso...*, II, p. 111.

¹⁸ Así LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., *Manual*, pp. 350 y 351; y las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1994 (R.J.A. 86): «(...) el término «en consideración a su función» debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla»; 2 de febrero de 1994 (R.J.A. 759): «El término «en consideración a su función» debe interpretarse en el sentido de que por la posición que el cargo público que desempeñaba le otorgaba le ha sido ofrecida la dádiva, de tal modo que si dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo, el particular no hubiese hecho el ofrecimiento»; y 23 de febrero de 1993 (R.J.A. 1525).

que el ofrecimiento de la dádiva esté conectado con un concreto comportamiento del funcionario, lo que no quiere decir que este supuesto quede fuera de la modalidad en estudio¹⁹. En efecto, la expresión *en consideración a su función* también acoge los casos en los que se admite una dádiva o regalo que ha sido ofrecido por la realización, pasada o futura, de una concreta conducta, lícita o ilícita, relativa a la función pública que desempeña el funcionario²⁰. Por ello, el funcionario público que admite una dádiva *para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito* (art. 419), *por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito* (art. 420), *que tenga por objeto la abstención de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo* (art. 421), *para realizar un acto propio de su cargo* (art. 425.1, primer inciso), *para la consecución de un acto no prohibido legalmente* (art. 426, segundo inciso), o *como recompensa de un acto ya realizado, sea constitutivo de delito* (art. 425.2) o *no* (art. 425.1, segundo inciso), comete, además de estos tipos, la modalidad en estudio. En este sentido, cuando la conducta típica del funcionario público consiste en admitir dádiva o regalo, entendiendo por tal tanto su recepción efectiva como la aceptación de la promesa de su entrega futura, entre estos tipos de cohecho cometidos por funcionario público y el inciso primero del art. 426 del Código Penal se da una relación de concurso de leyes que se resolverá siempre a favor de aquéllos²¹.

El elemento intelectual del dolo del autor comprende, en primer lugar, su condición de funcionario²². Abarca, además, la acción típica, esto es, la admisión de una dádiva o regalo, y que éstos son ofrecidos en consideración a la función que desempeña, es decir, debe conocer el funcionario la conexión causal existente entre el regalo que se le ofrece y la función pública que ejerce.

¹⁹ Véase CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, p. 899.

²⁰ Véanse CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, pp. 187 y 188; FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, p. 175; y LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., *Manual*, pp. 350 y 351. Incluyen expresamente en esta figura la admisión de regalos ofrecidos como contraprestación a comportamientos ya realizados, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, p. 377; y MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos*, pp. 223 y 226.

²¹ Sobre el concreto principio aplicado para resolver tal concurso, véase el estudio de cada uno de los referidos tipos.

²² Basta, como indica CEREZO MIR, J., *Curso...*, II, p. 133, con que el sujeto tenga conciencia de que participa en el desempeño de las funciones públicas.

Después de estas reflexiones sobre esta modalidad que hemos llamado de *recogida*, estamos en condiciones de adentrarnos en la averiguación de lo que se pretende proteger con la prohibición dirigida a la autoridad o funcionario público de admitir dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función pública.

OCTAVIO de TOLEDO considera que el bien jurídico protegido en el inciso primero del art. 426, al igual que en el resto de las modalidades de cohecho, es la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas, entendida la no venalidad, acogiéndose al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, como la falta de la cualidad de vendible o expuesto a la venta²³. A nuestro modo de ver, tal parecer, aunque sugestivo, presenta alguna dificultad que impide su validez para explicar todos los tipos de cohecho. La venalidad es la cualidad de venal, y venal significa, en una de sus acepciones, la utilizada por este autor, vendible o expuesto a la venta. El sustantivo adjetivado por estos calificativos, esto es, aquello que puede venderse o exponerse a la venta, ha de ser algo determinado, concreto, requisito que no se da cuando el funcionario admite una dádiva o regalo ofrecido en consideración a su función en los casos en que tal ofrecimiento está desligado de un comportamiento concreto²⁴. Por otro lado, cuando la solicitud o recepción de la dádiva es por un acto ya realizado por el funcionario público (art. 425.1, segundo inciso, y 2), no se afecta la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas, pues el acto realizado, que ya ha desplegado sus efectos, de los que ha gozado o goza, en su caso, la otra parte, ya no puede ser vendido o expuesto a la venta, no puede ser utilizado como objeto de trueque, carecería de sentido, al igual que pensaríamos de la solicitud a una persona de una cantidad de dinero utilizando como materia de intercambio unas vacaciones ya disfrutadas por el solicitado. Finalmente, la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas ha de conllevar, a nuestro modo de ver, la licitud de la contrapartida de la dádiva,

²³ OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, pp. 871 y 872, para quien, si interpretamos correctamente sus palabras, todas las modalidades de cohecho lesionan tal bien jurídico, salvo la del particular consistente en intentar corromper a las autoridades o funcionarios públicos (art. 423.1), que lo pone en peligro; el mismo, *Los delitos relativos al tráfico de influencias*, pp. 1517 y 1523.

²⁴ Véase OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, p. 98.

esto es, que el concreto comportamiento público que se expone a la venta sea lícito, pues sólo de las actuaciones públicas lícitas puede defenderse que no se vendan, su no comercialización. Defender la no venalidad de actuaciones ilícitas sería como darles legitimidad. Un determinado comportamiento público lícito no ha de realizarse a cambio de una dádiva; un comportamiento relativo al ejercicio del cargo que sea ilícito, simplemente no ha de realizarse, ni con dádiva ni sin ella. Proteger la no venalidad de una actuación ilícita sería comparable a proteger la libre competencia en el tráfico de heroína²⁵.

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, con los ojos puestos en la admisión de regalos ofrecidos al funcionario en consideración a su función, y con la intención de ofrecer un bien jurídico también válido para esta figura delictiva, apuesta por la *integridad, probidad, honradez del funcionario público* como objeto de protección²⁶. Se le ha objetado a esta postura que, de seguirse, «implicaría la absurda consecuencia de tener que admitir que, cometido un delito de cohecho por el funcionario, quedaría el mismo legitimado para la realización de sucesivos»²⁷, o lo que es lo mismo, perdida la honradez o integridad del funcionario con el primer cohecho, en sucesivas admisiones no habría ya bien jurídico que proteger, y, por tanto, lesionar. Este reparo, que consideramos correcto, puede salvarse si en lugar de referir la honradez o integridad a la persona del funcionario —que, en efecto, difícilmente podrá lesionarse si éste es ya un corrupto—, lo hacemos

²⁵ También crítico con este bien jurídico MATA BARRANCO, N. J. De La, *El bien jurídico*, pp. 120 y 121.

²⁶ Véanse RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cobeco*, p. 358; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, Parte especial, pp. 1169 y 1170; TORÍO LÓPEZ, A., *Racionalidad*, p. 499; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Transfuguismo retribuido y cobeco*, p. 445; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, p. 1680; MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública*, p. 227; ORTEGO COSTALES, J., *Teoría de la parte especial*, pp. 172 y 180; y las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1963 (R.J.A. 4204), 16 de noviembre de 1979 (R.J.A. 4242), 22 de diciembre de 1980 (R.J.A. 5035), 16 de noviembre de 1981 (R.J.A. 4335), 3 de diciembre de 1993 (R.J.A. 9383) y 28 de marzo de 1994 (R.J.A. 2604).

²⁷ CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, pp. 873 y 874. Véase también BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, p. 374.

a la condición misma de funcionario público, y así, tal y como está regulada esta figura delictiva, el bien jurídico por ella protegido no es otro, a nuestro entender, que el de *la honradez o integridad de la condición de funcionario público*, que se lesionará cada vez que éste admite dádivas o regalos que le sean ofrecidos en consideración a su función²⁸. Adelantamos ya, sin embargo, para evitar malentendidos, que tal bien jurídico no debe ser protegido penalmente.

No sólo el Derecho Penal protege bienes jurídicos. También otros sectores del ordenamiento jurídico lo hacen²⁹. Por ello, el hecho de estimar que *la honradez o integridad de la condición de funcionario público* es una realidad con entidad suficiente para ser tutelada por el Derecho³⁰, no implica necesariamente que haya de ser nuestra disciplina la rama encargada de dispensar esta protección. Hoy en día el verdadero caballo de batalla no está tanto en determinar la materia de lo que ha de ser protegido jurídicamente, sino,

²⁸ La honradez o integridad de la condición de funcionario público resulta incompatible con la utilización de la participación en el ejercicio de funciones públicas para la consecución de algún tipo de provecho indebido. El bien jurídico queda lesionado, no sólo cuando la autoridad o funcionario público recibe una dádiva o acepta la promesa de su entrega futura sirviéndose del hecho de que ejerce una función pública o participa en su ejercicio, sino también cuando la solicita. En la modalidad de recogida, sin embargo, el legislador no ha castigado este último supuesto, que, según queda dicho, lesiona igualmente el bien jurídico protegido, pero sí lo ha hecho, como veremos, en otras modalidades de cohecho cometidas por autoridad o funcionario público.

²⁹ Véanse CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, pp. 49 y 50, para quien «la concepción material de la antijuridicidad como lesión o peligro de los bienes jurídicos protegidos no permite establecer tampoco una distinción entre lo ilícito penal y civil, pues el concepto de bien jurídico no puede ser reducido al ámbito del Derecho penal»; MIR PUIG, S., *Bien jurídico*, pp. 205 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos*, pp. 67 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social*, pp. 167, 168 y 179; QUINTERO OLIVARES, G., *La autotutela*, p. 271; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, p. 70; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, pp. 79 y 80; NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito*, pp. 67 y ss.; CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal*, pp. 93-95; AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, p. 159; y SILVA FORNÉ, D., *Posibles obstáculos*, pp. 174 y 176.

³⁰ No hablamos, como hemos aclarado *supra*, de la honradez o integridad del funcionario, de la persona del funcionario, cuya protección supondría garantizar comportamientos con una mera trascendencia moral.

más bien, ofrecer criterios válidos que limiten la intervención del Derecho Penal. Y el primero de ellos, con independencia como decimos del concreto concepto de bien jurídico que sigamos, es el de la exigencia de consagración constitucional, directa o indirecta, de los bienes que han de ser tutelados penalmente³¹. La Constitución debe operar, en este sentido, a modo de filtro —no el único, sin embargo³²—, de forma que aquel bien jurídico que no haya encontrado un reconocimiento expreso o implícito en la Norma Fundamental no podrá ser protegido por el Derecho Penal³³. Una lectura sosegada de nuestro texto constitucional nos revela que *la honradez o integridad de la condición de funcionario público* no ha hallado acogida, en nuestra opinión ni siquiera de un modo indirecto, en su articulado, por lo que este bien jurídico no es merecedor de protección penal, no tiene la importancia suficiente como para que se ocupe de él nuestra disciplina.

³¹ Según MIR PUIG, S., *Bien jurídico*, pp. 208-211, para que un bien jurídico pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal, cabe exigir dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho Penal. En relación con la primera de estas condiciones, entre los criterios que pueden auxiliar en la discusión de cuándo un interés es fundamental para la vida social, apunta este autor el de su reconocimiento constitucional, aunque, advierte, «la cuestión no puede resolverse de plano con el *solo* recurso a la Constitución, que tampoco en este punto constituye la varita mágica que algunos creen». Véanse también VIVES ANTÓN, T. S., *Estado de Derecho y Derecho Penal*, pp. 24 y 25; CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro*, pp. 180 y 181; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, p. 274, que opina que «la exigencia de una consagración constitucional, directa o indirecta, de los bienes penalmente protegibles me parece, pues, plenamente justificada, en la medida en que pone de relieve que una intervención tan intensa sobre el individuo como la penal sólo puede justificarse en caso de afectación de un elemento esencial de la vida en común, al que ha alcanzado el consenso plasmado en la Constitución».

³² En este sentido, MIR PUIG, S., *Bien jurídico*, pp. 210 y 211; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pp. 274 y 275; y CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro*, p. 181. Véanse también HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, pp. 69 y 70; PORTILLA CONTRERAS, G., *Principio de intervención mínima*, pp. 744 y 745; y OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, p. 10.

³³ Véanse SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, p. 274; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos*, p. 48. Más lejos va NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito*, p. 74, para quien la consagración constitucional, directa o indirecta, es una exigencia de los bienes jurídicos en general.

La sola ausencia de *merecimiento* de protección penal es ya razón suficiente para que el bien jurídico que nos ocupa deje de tutelarse por el Derecho Penal³⁴. Pero, por si esto no bastara, cabe cuestionarse también en este caso la necesidad de la intervención penal³⁵. Ésta, en un Estado democrático, sólo está legitimada en la medida en que sea necesaria para la protección de la sociedad³⁶. Como indica CEREZO MIR, «sólo se debe acudir a la pena cuando sea absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica (sanciones administrativas, civiles, etc.)»³⁷. Cuando un *bien* pueda protegerse razonablemente a través de otras ramas del ordenamiento menos lesivas que la intervención penal, ésta no estará justificada en ningún caso. La gravedad del control penal — escribe BUSTOS —, es decir, el modo tan directo y personal del ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se le considere en última instancia. Es el último recurso que ha de utilizar el Estado (principio de *ultima ratio*)³⁸. Esto, que a nivel teórico no ofrece duda alguna y es

³⁴ Véase, siguiendo en este punto a Max Ernst Mayer, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pp. 287, 288 y 291.

³⁵ Los conceptos de «merecimiento de protección penal» y «la necesidad de protección penal», como afirma SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pp. 267, nota 369, 285 y ss., responden a lógicas diferentes y sólo de la síntesis de ambos puede resultar una adecuada delimitación de los objetos penalmente protegibles. De acuerdo con este autor, «(...) la necesidad de pena sin merecimiento de pena no puede fundamentar la incriminación, del mismo modo que tampoco el merecimiento de pena sin necesidad de pena puede hacerlo. En cuanto a la despenalización, ésta puede fundamentarse tan pronto como falte o el merecimiento o la necesidad de pena». Véase asimismo NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito*, p. 91.

³⁶ Véanse OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, pp. 358 y ss., en especial 360; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 3; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual...*, PG, p. 96; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios*, pp. 153-155; COBO del ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, pp. 85 y 86; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pp. 246 y 247.

³⁷ CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, p. 21.

³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual...*, PG, p. 96. Véanse también OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, p. 360; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto*, pp. 28 y ss.; MIR PUIG, S., *Introducción*, pp. 125 y 126; el mismo, *Bien jurídico*, pp. 214 y 215; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso*, p. 82; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pp. 50 y 51; ROMEO CASABONA, C. M., *El error evitable de prohibición*, p. 746; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *El bien jurídico protegido*, pp. 12 y 13;

ampliamente admitido por la doctrina³⁹, presenta ciertas dificultades cuando ha de aplicarse a una determinada realidad normativa. La intervención penal ha de ser *necesaria*, decimos, pero lo que cuenta al fin y al cabo es si ese precepto penal concreto que protege tal bien jurídico es o no imprescindible. Para ello resultan fundamentales las investigaciones empíricas, pues éstas podrán aclarar si una disposición de otra rama del ordenamiento —jurídico-administrativa, por ejemplo— puede cumplir la misma o superior finalidad preventiva⁴⁰. En la materia que nos ocupa no disponemos, hasta donde alcanzamos, de datos empíricos al respecto, por lo que una afirmación categórica de lo innecesario del precepto en estudio carecería de un correcto fundamento. Ahora bien, la falta de estos estudios empíricos impide también la afirmación opuesta, esto es, la necesidad de tal precepto. Lo que sí es cierto es que en estos casi treinta años de nuevo régimen político, y a pesar de múltiples leyes, no se ha llevado a cabo en España una reforma profunda en la Administración pública⁴¹. La consideración del Derecho Penal como un mal, los efectos lesivos del mismo, superiores a los de otros sectores del ordenamiento jurídico, deberían, sin embargo, retraer al legislador penal cuando no haya constancia de la necesidad de su

COBO del ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, p. 87; y SILVA FORNÉ, D., *Posibles obstáculos*, pp. 182 y 191.

³⁹ Véanse las notas anteriores.

⁴⁰ Véanse SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pp. 246 y ss.; y AGUADO CORRERA, T., *El principio de proporcionalidad*, pp. 239 y 240.

⁴¹ Véase GARRIDO/STANGELAND/REDONDO, S., *Principios de Criminología*, p. 628 y ss. Ponen de manifiesto estos autores que «los cambios legislativos, por ejemplo el endurecimiento del Código Penal, resultan relativamente fáciles de realizar. Cambiar la administración pública es una tarea más complicada, porque la corrupción en España no tiene su raíz en la carencia de legislación y control formal, sino probablemente en su exceso. El exceso de normas incoherentes e imposibles de cumplir crea una cultura donde todos, incluyendo funcionarios y políticos honrados, se ven obligados a hacer trampas. En nuestra opinión, habría que sustituir los elementos del control externo, que fomentan la corrupción (...), por un control interno que lo inhiba. Según la perspectiva de teorías de la disuasión, las medidas eficaces contra la corrupción no consisten en hacer todavía más rígida la normativa vigente, sino en flexibilizar y descentralizar la toma de decisiones». Otras medidas no penales contra la corrupción, en PAGLIARO, A., *La lotta contro la corruzione*, pp. 1116-1118; y FORTI, G., *Il ruolo della sanzione penale*, pp. 1073 y 1074.

intervención. Es por ello que, no sólo desde el punto de vista del *merecimiento* de intervención penal, sino también desde el de su *necesidad*, seamos partidarios de la despenalización de la conducta recogida en el inciso primero del artículo 426 del Código Penal⁴². Bastaría en este caso con la intervención del Derecho Administrativo⁴³⁻⁴⁴. Sólo así se contribuye a armonizar los principios básicos del Derecho Penal que se estudian en su parte general y el análisis de los específicos tipos de la parte especial⁴⁵.

⁴² Despenalización, por lo demás, defendida por un amplio sector doctrinal; véanse OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pp. 107-109; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 274 y 275; MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos*, p. 227; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, p. 1730; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, p. 1680; y MATA BARRANCO, N. J. De La, *El bien jurídico*, pp. 139 y 140. En Italia, contrarios a la tipificación de una conducta semejante, ARDIZZONE, S., *La proposta di semplificazione in tema di corruzione*, pp. 2 y 3; MARRA, G., *Il delitto di corruzione*, pp. 1022 y 1024; y MANES, V., *Bien jurídico*, p. 2.

⁴³ Según GARRIDO/STANGELAND/REDONDO, S., *Principios de Criminología*, p. 631, «el procedimiento criminal debería reservarse para los casos más graves, y la corrupción diaria controlarse por un procedimiento disciplinario, con posibilidad de recurrir a los tribunales por parte del funcionario que se sienta injustamente despedido. Si las leyes sobre funcionarios públicos imposibilitan su despido en casos de corrupción, habría que reformarlas (...)». Junto al Derecho administrativo, puede jugar también su papel el control político; véase al respecto ASUA BATARRITA, A., *La tutela penal*, pp. 27 y 28.

⁴⁴ No desconocemos, sin embargo, que estos procesos de despenalización pueden conllevar una disminución significativa de garantías (pérdidas de seguridad jurídica, aparición de arbitrariedades, etc.) que sí ofrece el Derecho Penal (véase, al respecto, AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, p. 246; y HUERTA TOCILDO, S., *Ílícito penal*, pp. 39 y ss.). Tal contrariedad puede solventarse, como apunta SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pp. 292 y 293, dotando a esas instancias no penales de un sistema de garantías lo más próximo posible al del Derecho penal.

⁴⁵ Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *¿Protección penal del medio ambiente?*, p. 1716, donde manifiesta que «(...) no parece que pueda retrasarse por mucho más tiempo la adopción de posturas coherentes entre las teorías del bien jurídico que afirmamos defender en la parte general del Derecho Penal y nuestra postura a la hora del análisis de los tipos de la parte especial. Esta es, a mi juicio, una de las tareas todavía pendientes de nuestra ciencia, decisiva para determinar qué modelo de Derecho Penal deseamos tener en el futuro».

III. COHECHO SUBSIGUIENTE

En el art. 425.1, inciso segundo, del Código Penal se prevé la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años para *la autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa como recompensa del (acto) ya realizado*. Si el acto ya realizado *fuera constitutivo de delito*, las penas que se impondrán, según el apartado 2 de este mismo precepto, son las de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años⁴⁶. Ambas figuras delictivas son supuestos de cohecho subsiguiente, pues la realización de la acción típica –solicitar dádiva o presente o admitir ofrecimiento o promesa– es posterior a la conducta contrapartida de la dádiva⁴⁷.

RODRÍGUEZ PUERTA admite inicialmente estas consideraciones, pues reconoce que en el art. 425 del Código Penal se sanciona al funcionario público que obtiene o intenta obtener un acuerdo con el particular para que éste remunere un acto ya ejecutado⁴⁸. Sin embargo, así entendido este precepto, las conductas por él sancionadas no afectan el principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas (bien jurídico protegido, según esta autora, en el delito de cohecho), pues, como ella misma sostiene, difícilmente se habrá producido una interferencia en el proceso de toma de decisión cuando el acuerdo entre funcionario y particular se lleva

⁴⁶ Ha señalado la doctrina la escasa fortuna del legislador en la redacción del art. 425.2 del Código Penal, pues no queda claro si a las penas en éste fijadas han de sumarse las del apartado primero, o si el adverbio *además* hace referencia a la pena o penas del delito ya realizado y por cuya recompensa se pide la dádiva. Este último entendimiento es el que debe imponerse; en el mismo sentido FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Comentarios*, pp. 1137 y 1138; MATA BARRANCO, N. J. De La, *Relación concursal*, p. 316, nota 12; y CRESPO BARQUERO, P., *Código Penal*, p. 2370.

⁴⁷ Salvo en el Código Penal de 1822, donde, entre la maraña de figuras, puede verse un supuesto de cohecho subsiguiente (art. 459, último inciso: «Iguales penas sufrirán si resultare haber admitido algún regalo que se les haya hecho en consideracion al pleito, causa ó negocio oficial antes o *después de este*»), nunca antes un Código Penal español había recogido una regulación semejante.

⁴⁸ Véanse RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, p. 281; y MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, p. 1728.

a cabo una vez adoptado el acto⁴⁹. Es por ello que convierte el cohecho subsiguiente, en virtud de una *interpretación teleológicamente orientada*⁵⁰, en una modalidad de cohecho antecedente. Y así, limita el ámbito típico del art. 425 a «aquellos supuestos en los que, pese a haberse producido un acuerdo entre funcionario y particular previo a la ejecución del acto, sólo ha quedado acreditada la entrega de la dádiva o presente con posterioridad a la ejecución del acto contrapartida de la misma»⁵¹. De esta manera, el principio de imparcialidad, concluye, ya queda cercenado como consecuencia del convenio previo⁵².

El empeño en defender a todo trance el principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas como bien jurídico protegido en el delito de cohecho, lleva a RODRÍGUEZ PUERTA a una interpretación del art. 425 del Código Penal altamente cuestionable. Hace girar el precepto en torno al principio de imparcialidad, y para que éste pueda verse afectado presume la existencia de un acuerdo entre funcionario y particular previo a la ejecución del acto contrapartida de la dádiva, pues sólo así es posible interferir en el proceso de toma de decisión del mismo. De esta forma, se exige únicamente que quede probada la entrega de la dádiva con posterioridad a la ejecución del acto contrapartida de la misma, sin embargo, el acuerdo previo entre funcionario y particular, que es precisamente de lo que depende el ataque al bien jurídico, tan solo se presume. En definitiva, se pretende proteger el principio de imparcialidad, y se castigan conductas donde solamente se sospecha su afectación.

En nuestra opinión, RODRÍGUEZ PUERTA interpreta el art. 425 como un delito de sospecha, en el que se presume un elemento del tipo a partir de la concurrencia de los demás⁵³. Se viola, con ello, el derecho a la

⁴⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, p. 281. Así también MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, p. 1728.

⁵⁰ Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, p. 283, con estas mismas palabras.

⁵¹ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 139 y 282. Véase asimismo MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, pp. 1728 y 1729, donde se limita la aplicación de este precepto a aquellos supuestos más graves en los que no pudo probarse el acuerdo previo.

⁵² RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, p. 283.

⁵³ Sobre los delitos de sospecha, su estructura y objeciones constitucionales, véanse FRISTER, H., *Schuldprinzip*, pp. 69 y ss.; y GARCÍA PÉREZ, O., *Delitos de sospecha*, pp. 630 y ss.

presunción de inocencia⁵⁴, pues se castiga a un funcionario por la lesión del principio de imparcialidad, lesión que tiene lugar con el acuerdo entre funcionario y particular previo a la ejecución del acto contrapartida de la dádiva, acuerdo, sin embargo, que no queda probado, únicamente se presume. Debido a que el derecho a la presunción de inocencia se recoge en el art. 24.2 de la Constitución —bajo la sección dedicada a los derechos fundamentales y las libertades públicas—, la exégesis que la autora hace de este precepto es abiertamente contraria a nuestra norma fundamental⁵⁵.

La deficiente descripción típica del art. 425 del Código Penal origina más de un problema de interpretación de difícil solución⁵⁶. Sorprende, en primer lugar, la falta de referencia expresa al supuesto en que el acto ya realizado contrapartida de la dádiva es constitutivo de injusto. Tal supuesto, sin embargo, sí se recogía en los artículos 478 del Proyecto de Código Penal de 1980, 405 de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 y 407 del Proyecto de Código Penal de 1992. Así, en el apartado 2 de estos preceptos se disponía que «en el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuere constitutivo de delito o *injusto* se impondrá (...)». En el apartado 2 del art. 403 del Proyecto de Código Penal de 1994, por el contrario, a pesar de su similitud con el art. 407 del Proyecto de Código Penal de 1992, tan solo se alude al *acto ya realizado constitutivo de delito*, regulación que se mantiene en el apartado 2 del art. 425 del Código Penal vigente. Se trata, al parecer, de un olvido del legislador⁵⁷, inexcusable por

⁵⁴ Véanse GARCÍA PÉREZ, O., *Delitos de sospecha*, p. 634; OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal*, pp. 393 y 394; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, p. 1685; el mismo, *Comentarios*, p. 1137; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Posible inconstitucionalidad*, pp. 891 y ss.; y Díez RIPOLLÉS, J. L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 362.

⁵⁵ No sólo se viola el derecho a la presunción de inocencia, sino, como advierte GARCÍA PÉREZ, O., *Delitos de sospecha*, p. 637, también el principio de culpabilidad, pues «en tanto la responsabilidad penal es responsabilidad por el hecho propio, este principio exige como base una conducta real y no una mera presunción (...)». Véanse también COBO del ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, 3.ª ed., p. 412; POLAINO NAVARRETE, M., *El delito de detención ilegal*, p. 229; y Díez RIPOLLÉS, J. L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 362.

⁵⁶ Crítica con este precepto, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 281 y 282.

⁵⁷ En este sentido VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, p. 184, nota 248.

cuanto el Código Penal de 1995, al menos en la materia que nos ocupa, tiene como punto de referencia el Proyecto de Código Penal de 1992, y éste, como hemos visto, recogía el supuesto en discusión.

La solución al problema no es sencilla y, como ocurre a menudo con los deslices del legislador, difícilmente será por entero satisfactoria. Es claro que el término *delito* del apartado 2 del art. 425 (*«En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito...»*) no puede abarcar los ilícitos de otras ramas del ordenamiento jurídico distintas del Derecho Penal, por lo que no podrá aplicarse tal apartado si la solicitud de la dádiva o la admisión del ofrecimiento se lleva a cabo como recompensa de un ilícito disciplinario ya realizado. Lo que no resulta ya tan diáfano es si este supuesto está comprendido en el inciso segundo del apartado 1 de este mismo precepto (*«como recompensa del ya realizado»*).

Si la locución *«como recompensa del ya realizado»*, más exactamente, si la expresión *«del»* de esta locución se vincula a *un acto propio de su cargo*, esto es, si entendemos la descripción legal como si dijera *«como recompensa de un acto propio de su cargo ya realizado»*, la respuesta ha de ser negativa, porque un acto *propio* del cargo no puede ser nunca, como del mismo término se infiere, constitutivo de injusto⁵⁸. Por tanto, desde este posicionamiento, la autoridad o funcionario público que solicite una dádiva o admita un ofrecimiento como recompensa de un ilícito disciplinario ya ejecutado no realizará el tipo del art. 425.1, inciso segundo. No obstante, si la acción típica consiste en la recepción efectiva de una dádiva o en la aceptación de la promesa de su entrega futura —no, sin embargo, si estamos ante una solicitud—, cometerá la modalidad que hemos denominado de recogida (art. 426, inciso primero, del Código Penal), ya que la expresión de este precepto *en consideración a su función* acoge también los supuestos en los que el funcionario admite una dádiva que le ha sido ofrecida por haber realizado un ilícito disciplinario, pues no cabe duda que quien ofrece una dádiva a un funcionario por haber realizado un ilícito disciplinario, está ofreciendo una dádiva *en consideración a su función*⁵⁹. Esta solución, sin embargo, no se ajusta enteramente con la sistemática del Código, con la concepción que el legis-

⁵⁸ Sobre este particular, véase el epígrafe IV. 1. de este trabajo. En contra, OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, p. 268.

⁵⁹ Véase el sentido que a esta locución hemos dado en el epígrafe II. de este trabajo.

lador tiene del cohecho subsiguiente, pues supone castigar con la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años (art. 425.1) al funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa como recompensa de un acto propio de su cargo ya realizado, mientras que si el acto ya realizado constituye un injusto relativo al ejercicio de su función, y sólo para los casos en que la acción típica consiste en la admisión de ofrecimiento o promesa, la pena que se impone es la de multa de tres a seis meses (art. 426).

Para que a la solicitud de una dádiva o a la admisión de un ofrecimiento como recompensa de un ilícito disciplinario ya realizado se le pueda aplicar el inciso segundo del apartado 1 del art. 425 del Código Penal, hemos de considerar que el acto implícito en la expresión «*como recompensa del ya realizado*» no es un acto propio del cargo, sino un acto relativo al cargo, relacionado con la función pública que desempeña el funcionario. De esta manera, en esta modalidad quedarán comprendidos tanto los supuestos en que el acto ya realizado contrapartida de la dádiva es propio del cargo del funcionario –un acto propio del cargo también es un acto relativo al cargo–, como los casos en que aquél es un ilícito disciplinario⁶⁰. Y no sólo éstos: cuando el funcionario lleve a cabo la acción típica descrita en el art. 425 como recompensa de un acto ya realizado constitutivo de delito, si éste tiene que ver con el ejercicio de su cargo, habrá un concurso de leyes entre el art. 425.1, inciso segundo, y el art. 425.2, que se resolverá por el principio de especialidad a favor de este último⁶¹.

Otro de los escollos que presenta la defectuosa descripción típica del art. 425 del Código Penal es el tratamiento de los casos en que la conducta ya realizada por el funcionario contrapartida de la dádiva es una omisión

⁶⁰ Hay que añadir también las faltas penales relativas al ejercicio del cargo, pues el término *delito* del apartado 2 del art. 425 debe interpretarse, al igual que en el art. 419, en un sentido estricto.

⁶¹ Si el funcionario público solicita una dádiva o admite un ofrecimiento como recompensa de un acto ya realizado constitutivo de delito en la creencia errónea de que éste (contrapartida de la dádiva) es un mero ilícito disciplinario o, incluso, un acto propio de su cargo, faltará el dolo del tipo agravado (art. 425.2), pero realizará la parte objetiva y subjetiva del tipo básico del cohecho subsiguiente (art. 425.1, inciso segundo).

relativa al ejercicio de su función. Si, a juicio de nuestro legislador, merece sanción penal el funcionario público que solicita dádiva o presente o admite ofrecimiento o promesa como recompensa por haber realizado en el ejercicio de su cargo una acción constitutiva de delito (art. 425.2)⁶², desde un punto de vista valorativo no hay razón para excluir de este precepto los supuestos en que la contrapartida de la dádiva es igualmente un delito pero cometido por omisión. Esta exégesis, que parece estar en consonancia con la dinámica del cohecho subsiguiente, tropieza, sin embargo, con serios obstáculos si atendemos a los criterios gramatical y sistemático. En relación con el primero, considerar que en la expresión «*acto ya realizado*» se incluyen las conductas omisivas, podría constituir analogía, que al ser perjudicial para el reo resultaría contraria al principio de legalidad⁶³. Por lo que respecta al segundo, la objeción tiene quizá mayor fundamento. El legislador de 1995, en el art. 419, al mencionar la contrapartida de la dádiva, se refiere expresamente, no sólo a la acción, sino también a la *omisión* constitutiva de delito⁶⁴. En el art. 420, la autoridad o funcionario público se compromete a cambio de una dádiva a *ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito*, locución esta que sólo comprende conductas activas, acciones, pues cuando el objeto de la dádiva sea la *abstención de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo*, esto es, una omisión que constituye un injusto que no es delito, entra

⁶² Lo mismo puede decirse cuando la acción constituye un ilícito disciplinario o un acto propio del cargo (art. 425.1, inciso segundo).

⁶³ No obstante, en la regulación del Código Penal anterior, la mayoría de la doctrina era partidaria de incluir en la locución «*por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito*» del art. 385 —no se trata de una modalidad de cohecho subsiguiente, lo sabemos, sino antecedente, pero para lo que ahora pretendemos, que no es otra cosa que mostrar una postura distinta a la arriba mantenida en relación con la expresión «*acto ya realizado*», la referencia sirve— lo mismo las acciones que las omisiones constitutivas de delito; véanse al respecto SÁNCHEZ-TEJERINA, I., *Derecho penal español*, p. 216; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cohecho*, p. 362; FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, p. 173; CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, p. 883; el mismo, *Algunos aspectos*, p. 661; CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, Tomo II, PE, vol. I, p. 445; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, p. 376; y LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., *Manual*, pp. 341 y 343.

⁶⁴ Reza así ese precepto: «La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u *omisión* constitutivas de delito (...)».

en aplicación el art. 421⁶⁵. Cuando el Código Penal ha querido que la contrapartida de la dádiva sea una conducta omisiva, lo ha significado, como vemos, expresamente, por lo que una interpretación sistemática conduce a excluir del ámbito del cohecho subsiguiente (art. 425.1, inciso segundo, y 2) la solicitud de dádiva o presente o admisión de ofrecimiento o promesa por parte de un funcionario público como recompensa de una omisión relativa al ejercicio de su función⁶⁶.

Tanto el tipo básico del cohecho subsiguiente (art. 425.1, inciso segundo) como su tipo agravado (art. 425.2), agrupan bajo la amenaza de la misma pena —multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años, en el caso del primero, y prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años, cuando se trata del segundo— tres modalidades o subtipos distintos, a saber: la solicitud de dádiva o presente, la aceptación de la promesa de su entrega futura y, finalmente, su recepción efectiva⁶⁷. Estamos, por tanto, ante lo que la doctrina denomina leyes o tipos mixtos⁶⁸. Concretamente se trata de tipos mixtos alternativos, pues la realización de más de uno de los subtipos integrantes en el precepto no rompe la unidad delictiva: al funcionario público que solicite una dádiva y más tarde la obtenga efectivamen-

⁶⁵ Véanse VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, pp. 218 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pp. 297 y 298; y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 236 y ss.

⁶⁶ Véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Tratamiento penal*, p. 341. Con todo, ofrecer a un funcionario público una dádiva como recompensa de una omisión relativa al ejercicio de su función supone que tal ofrecimiento se haga *en consideración a su función*, por lo que si la acción consiste en admitir ofrecimiento o promesa siempre se podrá aplicar el art. 426, inciso primero, del Código Penal.

⁶⁷ La recepción efectiva de una dádiva y la aceptación de la promesa de su entrega futura son dos modalidades típicas que se derivan de la expresión «*admitiere ofrecimiento o promesa*» del art. 425.1 del Código Penal; véase al respecto el epígrafe II. de este trabajo.

⁶⁸ Véanse MEZGER, E., *Tratado*, pp. 395 y 396; PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales*, pp. 89 y 90; SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos*, pp. 118 y 119; GRACIA MARTÍN, L., *La infracción de deberes*, p. 245; CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos*, pp. 268 y 269; GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*», pp. 114 y ss.; y GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, pp. 289 y ss.

te⁶⁹ se le aplicará un único delito de cohecho. Con la aplicación de uno solo de los subtipos se comprende ya la totalidad de lo injusto de su comportamiento. Existe entre ellos, pues, una relación de concurso de leyes⁷⁰.

No es sencillo, sin embargo, determinar el concreto criterio que ha de servir para solucionar tal concurso. Entre los distintos subtipos que integran el cohecho subsiguiente (solicitar dádiva, aceptar la promesa de su entrega futura y recibirla efectivamente) existe una progresión fáctica. Esta circunstancia apunta, en un primer momento, al principio de subsidiariedad como criterio clave en la resolución de este concurso de leyes, pues existe en la doctrina una cierta avenencia en la idea de ubicar en este principio los supuestos de protección de un mismo bien jurídico en diversos estadios de ataque⁷¹. Sin embargo, la ya aludida progresión fáctica en que se encuentran las tres modalidades típicas del cohecho subsiguiente no se corresponde con una intensificación cuantitativa en la afcción del bien jurídico, pues tanto la solicitud de una dádiva, como la aceptación de la promesa de su entrega futura, como su recepción efectiva lesionan el bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público*. Desechamos, por ello, el principio de subsidiariedad como criterio capaz de solventar la relación concursal.

El funcionario público que se plantea la comisión de un delito de cohecho busca con ello un enriquecimiento económico que queda colmado con el ingreso en el patrimonio del funcionario o de un tercero de la dádiva proveniente del particular. No es este aspecto, sin embargo, lo que

⁶⁹ Ésta es solo una de las combinaciones posibles.

⁷⁰ Partidarios de que la relación existente entre los subtipos integrantes de un tipo mixto alternativo es la de un concurso de leyes, SANTORO, A., *Manuale...*, I, p. 137; FROSALI, R. A., *Concorso di norme*, pp. 265 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., *La infracción de deberes*, p. 245; y CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos*, p. 268. En contra, sin embargo, GRISPIGNI, F., *Derecho penal italiano*, p. 480; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 160 y 161; MANTOVANI, F., *Concorso e conflitto di norme*, pp. 187 y ss.; SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos*, pp. 118 y 119, que considera las leyes mixtas alternativas un supuesto de unidad típica en sentido estricto; y GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*», pp. 115 y ss.

⁷¹ Véanse HONIG, R., *Straflose Vor- und Nachtat*, p. 113; SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos*, pp. 124 y 125; GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*», pp. 339 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios*, p. 420; y ESCUCHURI AISA, E., *Teoría*, pp. 174, 175, 297 y ss.

se trata de castigar con el delito de cohecho. Éste queda ya consumado en el momento en que el sujeto activo lleva a cabo la solicitud de la dádiva. Después de esta conducta –que constituye, no olvidemos, uno de los subtipos del cohecho subsiguiente–, la aceptación de la promesa de la entrega futura de la dádiva y su recepción efectiva no serán sino un aseguramiento de la finalidad buscada por el funcionario⁷², y no suponen incremento alguno del daño producido por el hecho precedente: son, en definitiva, actos posteriores impunes o copenados, que parte de la doctrina incluye en el principio de consunción⁷³. Por tanto, el subtipo consistente en solicitar una dádiva consumirá a las otras dos modalidades típicas, concurrán éstas con aquélla por separado o conjuntamente. En caso de que la iniciativa corra a cargo del particular, y el funcionario acepte primero la promesa de la entrega futura de la dádiva y después la reciba efectivamente, este subtipo quedará consumido por aquél.

En el estudio de la modalidad de recogida (art. 426, inciso primero)⁷⁴, señalábamos que la expresión *en consideración a su función* acoge los casos en los que se admite una dádiva o regalo que ha sido ofrecido por la realización, pasada o futura, de una concreta conducta, lícita o ilícita, relativa a la función pública que desempeña el funcionario. En efecto, y centrándonos en el supuesto de actuaciones ya ejecutadas, el funcionario que admite una dádiva ofrecida por haber realizado una acción relativa a su función, admite una dádiva ofrecida *en consideración a su función*. Por ello, cuando la autoridad o funcionario público realiza los subtipos del art. 425 (tanto los del tipo básico del cohecho subsiguiente como los del tipo agravado) consistentes en la aceptación de la promesa de la entrega futura de la dádiva o en su recepción efectiva, comete, al mismo tiempo, el art. 426, inciso primero, del Código Penal. Entre este precepto y los subtipos del art. 425 mencio-

⁷² Ningún sentido tiene la solicitud de una dádiva si el funcionario no está pensando en su adquisición.

⁷³ Así, HONIG, R., *Straflose Vor- und Nachtat*, p. 81; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 205; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 736 (*Tratado*, pp. 674 y 675); SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos*, pp. 125 y 126; GARCÍA ALBERO, R., «Non bis in idem», pp. 392 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso...*, III, p. 318; y RODRÍGUEZ DE VESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, p. 200.

⁷⁴ Véase el epígrafe II.

nados existe una relación de concurso de leyes que se resolverá por el principio de especialidad a favor de estos últimos⁷⁵. Por el contrario, si el subtipo del cohecho subsiguiente llevado a cabo es el de solicitar una dádiva, al no recoger el art. 426, inciso primero, esta modalidad típica, no habrá relación concursal alguna.

Tras estas diversas consideraciones, resta la conclusión. Con la prohibición a la autoridad o funcionario público de solicitar dádiva o presente o admitir ofrecimiento o promesa como recompensa por un acto (lícito o ilícito) relativo a su función pública ya realizado, se pretende proteger, al igual que en la modalidad de recogida, la honradez o integridad de la condición de funcionario público. La circunstancia de que en el cohecho

⁷⁵ De acuerdo con PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes*, pp. 35 y 36, el rasgo distintivo de la relación de especialidad entendida en un sentido restringido consiste «en que uno de los preceptos (ley especial) que entran en juego para calificar el hecho cometido reúne todas las características de otro (ley general) y, además, otra u otras particulares. Si ello es así, se da entre ambos preceptos una *relación lógica de inclusión o subordinación*, que es precisamente la que permite hablar con propiedad de especialidad *en sentido lógico-formal*». Pues bien, los subtipos –del tipo básico y del tipo agravado de cohecho subsiguiente– consistentes en la aceptación de la promesa de entrega futura de la dádiva y en su recepción efectiva son, respectivamente, ley especial frente a las modalidades homólogas del art. 426, inciso primero, del Código Penal. La particularidad de aquéllos no está en la conducta típica, que es exactamente la misma, sino en la contrapartida de la dádiva, que en el caso del cohecho subsiguiente es un acto ya realizado relativo a la función pública del funcionario, mucho más específico, por tanto, que la genérica expresión del art. 426, inciso primero, *en consideración a su función*. El ámbito de aplicación de cada una de las modalidades típicas de este último precepto –aceptación de la promesa de entrega futura de la dádiva y recepción efectiva de la misma– abarca, además del de los subtipos homólogos del cohecho subsiguiente del art. 425.1 y 2, otros supuestos diferentes (por ejemplo, el admitir una dádiva para realizar en el futuro una acción relativa a la función pública desempeñada por el funcionario), por lo que cuando se realizan los subtipos referidos del cohecho subsiguiente, se realizan necesariamente los del art. 426, inciso primero, pero no a la inversa.

En relación con el principio de especialidad, además del último autor citado, véanse KLUG, U., *Gesetzeskonkurrenz*, pp. 404-406; PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales*, pp. 97 y ss., en especial 102 y 103; BETTIOL/PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale*, pp. 716 y 717; SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos*, pp. 122 y 123; GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*», pp. 321 y 322; CEREZO MIR, J., *Curso...*, III, p. 317; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios*, pp. 419 y 420; COBO del ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, p. 175; y ESCUCHURI AISA, E., *Teoría*, pp. 168 y ss.

subsiguiente, la solicitud de la dádiva, aceptación de la promesa de su entrega futura o recepción efectiva se lleve a cabo como recompensa por un acto ya realizado relativo a la función pública ejercida por el sujeto activo, en nada varía este posicionamiento⁷⁶. Por ello, la conclusión ha de ser la misma, y por idénticos motivos, que la alcanzada en la modalidad de recogida: despenalización de todas las modalidades de cohecho subsiguiente⁷⁷ –sea, por tanto, el acto realizado contrapartida de la dádiva, lícito⁷⁸ o ilícito– por proteger un bien jurídico no merecedor de tutela penal, y, además, ser ésta innecesaria.

IV. COHECHO ANTECEDENTE

1. Supuestos en los que la conducta contrapartida de la dádiva es conforme a derecho

En el artículo 426, inciso segundo, se castiga con la pena de multa de tres a seis meses a la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos *para la consecución de un acto no prohibido legalmente*. Por otra parte, de acuerdo con el art. 425.1, inciso primero,

⁷⁶ El mayor castigo del cohecho subsiguiente regulado en el art. 425.2 en relación con el del art. 425.1, inciso segundo, o de éstos respecto al de la modalidad de recogida del art. 426, inciso primero, no se justifica por un mayor desvalor de la acción ni por un mayor desvalor del resultado. Lo injusto del concreto delito cometido por cuya recompensa se solicita una dádiva o presente o se admite ofrecimiento o promesa (art. 425.2), ya queda reflejado en la correspondiente pena prevista por el Código para tal delito, sin que deba servir a su vez para agravar la pena del delito de cohecho. Lo mismo cabe decir si el acto ya realizado es un ilícito disciplinario (art. 425.1, inciso segundo), pues éste tendrá ya asignada su específica sanción. Por lo demás, que la conducta se realice como contraprestación de un acto ya ejecutado relativo al cargo, o se lleve a cabo por haber sido la dádiva ofrecida en consideración a la función ejercida por el funcionario público, tampoco justifica la mayor gravedad del cohecho subsiguiente respecto a la modalidad de recogida.

⁷⁷ Así también MATA BARRANCO, N. J. De La, *El bien jurídico*, pp. 139 y 140.

⁷⁸ La despenalización de esta concreta figura delictiva, que la doctrina denomina corrupción o cohecho impropio subsiguiente, es defendida por MIRRI, M. B., *Corruzione propria e corruzione impropria*, pp. 443 y 444; FIANDACA/MUSCO, E., *Diritto penale*, p. 170; CONTENTO, G., *La riforma «minima» della concussione*, p. 732; RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, p. 313; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, p. 184, nota 248; y MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, p. 1728.

incurre en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años, la autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa *para realizar un acto propio de su cargo*⁷⁹. Como puede verse, estas figuras guardan entre sí una evidente semejanza, aunque se castigan con penas distintas. Surge con ello un problema de delimitación al que el intérprete debe hacer frente⁸⁰.

Son varias las posturas ofrecidas por la doctrina para tratar de deslindar los artículos 425.1, inciso primero, y 426, inciso segundo, del Código Penal, esto es, diferenciar el *acto propio de su cargo* del primer precepto, del *acto no prohibido legalmente* del segundo⁸¹.

La diferente sanción de estas disposiciones sólo puede encontrar su fundamento, según ORTS y VALEIJE, en la distinta entidad o importancia del acto que el funcionario público se compromete a realizar a cambio de una dádiva, teniendo en cuenta, claro está, que se trata en ambos preceptos de actos conformes al cargo. De esta forma, reservan el art. 426, inciso segundo, para los casos en que «(...) la dádiva o el regalo tiende a la ejecución de comportamientos manuales de los sujetos que auxilian y apoyan el ejercicio de las funciones propias del organismo administrativo o a la realización de tareas materiales propias del mismo»⁸². Citan como

⁷⁹ Véase, sobre estas figuras, el interesante trabajo de CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, pp. 20 y ss.

⁸⁰ Este problema se presenta cuando el subtipo realizado es, bien la aceptación de la promesa de entrega futura de la dádiva, bien la recepción efectiva de la misma, pero no cuando consista en la solicitud de una dádiva, pues esta modalidad no se recoge en el art. 426.

⁸¹ Destacan los autores la necesidad de delimitar estos preceptos, sobre todo, por las diferentes penas previstas por ellos; véanse OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, p. 304; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, p. 1724; y CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, p. 21. Por su parte, RIVERA HERNÁNDEZ, J. M.^a, *Los delitos de cohecho*, pp. 416 y 417, considera que ambas disposiciones se refieren a un mismo supuesto, y soluciona el solapamiento aplicando la de mayor gravedad, esto es, el art. 425.1, inciso primero, con base en el art. 8.4 del Código Penal. Pero tal proceder supone dejar sin aplicación el art. 426, inciso segundo.

⁸² ORTS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Comentarios*, p. 1840. Critica esta interpretación RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, p. 280, de-

ejemplos el dar preferencia a un expediente, acelerar el pago de una pensión o conceder una excedencia o permiso a tiempo⁸³.

Por su parte, OLAIZOLA, aun reconociendo la dificultad de la distinción, apunta como posible solución la de que los *actos propios del cargo* del art. 425.1, inciso primero, son los actos para los que el funcionario tiene una competencia específica, esto es, aquellos que le han correspondido específicamente en el reparto de funciones, mientras que los *actos no prohibidos legalmente* del art. 426, inciso segundo, son los que el funcionario puede realizar debido a que su cargo le permite acceder a ellos con facilidad, pero no son propios del funcionario⁸⁴.

Finalmente, RODRÍGUEZ PUERTA hace depender la distinción entre ambos preceptos, del bien jurídico protegido en el delito de cohecho, que, según ella, es el principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas⁸⁵. Así, el art. 425.1, inciso primero, comprende los supuestos en que el acto contrapartida de la dádiva es un acto discrecional objetivamente conforme al ordenamiento jurídico⁸⁶, mientras que el art. 426, inciso

bido a su imprecisión o falta de claridad, «pues resulta complejo determinar cuáles son las actividades que deben calificarse como manuales y quiénes son los sujetos que las llevan a cabo, dado que esta distinción no es contemplada por el ordenamiento jurídico-administrativo». De esta misma opinión, CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, p. 29.

⁸³ Alguno de estos ejemplos, concretamente la aceleración de trámites, ha sido cuestionado por RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, p. 280, por considerar que se trata en realidad de un acto contrario al ordenamiento jurídico, de aplicación, en consecuencia, no el art. 426, sino el art. 420 del Código Penal.

⁸⁴ OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, p. 303. En otro trabajo (*Cohecho y amenazas*, pp. 437 y 438), al referirse esta autora al *acto no prohibido legalmente*, habla de «actos intermedios relativamente relacionados con el trabajo del funcionario». Véanse también DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., *El delito de cohecho*, p. 166; CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, pp. 31-34 y 42; y CRESPO BARQUERO, P., *Código Penal*, pp. 2367 y 2368.

⁸⁵ Rechazamos el fundamento de la distinción que esta autora propone, pues no compartimos la opinión de que el principio de imparcialidad sea el bien jurídico protegido en el delito de cohecho; véase al respecto VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos*, pp. 225 y ss. También se muestra crítico con Rodríguez Puerta, CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, p. 24.

⁸⁶ Además de estos supuestos, incluye Rodríguez Puerta en este precepto aquellos otros en los que el funcionario cree erróneamente que el acto contrapartida de la

segundo, quedaría reservado para los casos en los que el acuerdo entre funcionario y particular tuviera por objeto un acto de naturaleza reglada, también conforme a derecho⁸⁷. Esta interpretación permite, en opinión de esta autora, «valorar conforme a criterios de proporcionalidad situaciones que presentan un distinto contenido de injusto. Así, cuando el objeto del

dádiva es justo, cuando en realidad es contrario al ordenamiento jurídico; véanse RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, p. 272; y MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, p. 1726. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, en este mismo epígrafe.

- ⁸⁷ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 271-273, 276 y 277. En el mismo sentido, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, pp. 1726 y 1727; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Comentarios*, p. 1139; el mismo, *Delitos contra la Administración pública*, p. 1685; y CARDENAL MONTRAVETA, S., *Concepto*, p. 323.

Es preciso significar, no obstante, que Rodríguez Puerta (pp. 272, 277-280) exige para aplicar el art. 426, inciso segundo, no sólo que la contrapartida de la dádiva sea un acto de naturaleza reglada conforme a derecho, sino, además, que quien entrega la dádiva crea erróneamente que tal acto es contrario a derecho o que la dádiva es debida. Así se expresa la autora: «(...) los supuestos incriminados en el tipo analizado se reducen a aquellos en los que el funcionario recibe una dádiva por realizar un acto de naturaleza reglada conforme a Derecho, aprovechándose, para ello, del error en el que se encuentra el particular, pues éste cree que el acto por el que entrega la dádiva es injusto —cuando en realidad es conforme a Derecho—, o bien cree, también erróneamente, que para obtener el acto es en todo caso necesario recompensar al funcionario actuante». Si es el funcionario quien engaña al particular sobre estos extremos, el precepto que se aplicará, concluye, es el 438 o, en su caso, el 437 del Código Penal.

La exigencia para poder aplicar el art. 426, inciso segundo, relativa a que el particular crea erróneamente que el acto contrapartida de la dádiva es contrario a derecho o que ésta es debida, si bien puede obedecer al loable propósito de limitar al máximo el ámbito de aplicación de un desafortunado precepto, carece de base legal. Rodríguez Puerta parte, además, de un dato falso: la inexistencia de ofrecimientos, promesas o entregas de dádivas por particulares para conseguir actos a los que ya tienen derecho, sin que se dé una amenaza, presión o engaño por parte del funcionario. Claro que hay entregas de dinero, o promesas de entregarlo, a funcionarios para que estos se limiten a cumplir escrupulosamente su función pública, conociendo el dador con exactitud este dato. Otra cosa es que deban castigarse penalmente. Pero si esta autora mantiene que, aunque no comprometen el principio de imparcialidad, merecen reproche penal los supuestos en los que el acuerdo se dirige a la obtención de un acto reglado conforme a la legalidad, por suponer una instrumentalización del cargo o las funciones para la obtención de un beneficio económico (p. 271), no hay razón entonces, al menos ella no la ofrece, para

cohecho es un acto discrecional, el respeto del principio de imparcialidad queda cuestionado, pues el funcionario se sitúa en una posición parcial respecto a su futura decisión, con independencia de que ésta finalmente se vea o no afectada por la dádiva. En estos casos deberá subsumirse la conducta en el art. 425 CP, que prevé una pena más grave que la contemplada en el art. 426 CP»⁸⁸. Por el contrario, cuando se trata de actos reglados (art. 426, inciso segundo), no existe posibilidad de influir sobre la decisión del funcionario, por lo que el principio de imparcialidad ni siquiera se pone en peligro⁸⁹.

Entre estas propuestas que persiguen el deslinde de ambos preceptos, todavía se puede aventurar una más, que, sin embargo, no obedece, como las anteriores, a la distinta entidad o naturaleza del *acto propio del cargo* (art. 425.1, inciso primero) y del *acto no prohibido legalmente* (art. 426, inciso segundo). Lo mismo uno que otro son actos que están dentro del ámbito de

excluir del art. 426, inciso segundo, los casos en que el particular actúa sin ningún tipo de conocimiento erróneo (véase al respecto CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, pp. 25 y 26).

Finalmente, ya hemos visto que si el funcionario hace creer al particular que el acto reglado contrapartida de la dádiva es contrario a derecho, o le engaña sobre el carácter debido de la dádiva, Rodríguez Puerta aplica el art. 438 del Código Penal. Por el contrario, considera no estar ante un delito de estafa, negando de esta forma la aplicación de este artículo, si el funcionario se limita a aprovechar el error en que se encuentra el particular. Es para estos supuestos, como hemos visto, para los que, según ella, está reservado el art. 426, inciso segundo, del Código Penal. Pues bien, olvida esta autora que el art. 438 del Código Penal no sólo se refiere al delito de estafa, sino también al delito de apropiación indebida (*La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida*, reza este artículo), y que una modalidad específica de apropiación indebida es la que castiga al que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niega haberla recibido o, comprobado el error, no procede a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de cincuenta mil pesetas (art. 254), precepto en el que pueden encontrar acomodo —también, por tanto, en el 438 (así, CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, p. 26)— parte de la casuística de aquellos supuestos a los que Rodríguez Puerta aplica el art. 426, inciso segundo. Sobre esta modalidad específica de apropiación indebida, véase, por todos, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Apropiaciones indebidas*, pp. 199 y ss.

⁸⁸ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, p. 272. Véase también MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, pp. 1726 y 1727.

⁸⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 270 y 277.

competencia del funcionario público que realiza la acción típica. La diferencia estribaría en que el art. 425.1, inciso primero, se limita a los casos en que es el propio funcionario quien debe realizar el acto contrapartida de la dádiva, mientras que el art. 426, inciso segundo, tendría un ámbito propio de aplicación en los supuestos en que el sujeto activo delega en otro funcionario la realización del acto pretendido por la persona que ofrece la dádiva o regalo. Esta interpretación se apoya, en parte, en el tenor literal de este último precepto *—para la consecución—*, pues el funcionario público se compromete a cambio de la dádiva a conseguir un acto no prohibido legalmente, y puede conseguirlo tanto si es el propio funcionario quien lo realiza, como si lo delega en otra persona⁹⁰.

Todas estas contribuciones al mejor entendimiento de estos dos preceptos no son sino intentos bienintencionados de dar coherencia a una evidente torpeza legislativa difícilmente subsanable⁹¹. La prisa e irreflexión con que, a veces, opera el legislador, le ha llevado en esta ocasión a la creación de dos figuras de contornos muy semejantes castigadas con penas distintas —multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años, por un lado, y multa de tres a seis meses, por otro—, dejando al intérprete la difícil, por no decir imposible, tarea de enmendarle. Por si esto fuera poco, todos los

⁹⁰ Ya en la regulación anterior, LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., *Manual*, p. 351, consideraba que en el art. 390, inciso segundo (actual 426, inciso segundo), «(...) la entrega de la dádiva se realiza para conseguir un acto, tanto si dicho acto lo ha de realizar el funcionario al que se le entrega la misma, como si corresponde a otro funcionario el ejecutar el acto. Al funcionario se le entrega la dádiva para que consiga que el acto se ejecute con independencia de a quién corresponda la ejecución. Es claro que el funcionario que recibe la dádiva y el que ejecuta el acto pretendido no tienen por qué ser la misma persona (...)». No obstante, así entendida la figura, sin más limitaciones, podría aplicarse también cuando entre el funcionario público que realiza la acción típica y el acto contrapartida de la dádiva no existe relación funcional alguna, como puede ser el caso del Oficial de la Administración de Justicia de un Juzgado de Zaragoza que recibe una dádiva con la finalidad de conseguir de su hermano, Alcalde de un pueblo de León, la realización de un acto de su competencia. Por ello, en la propuesta arriba formulada exigimos que el acto contrapartida de la dádiva se encuentre dentro del ámbito de competencia del funcionario público que admite la dádiva o regalo, que es en realidad quien comete el delito de cohecho.

⁹¹ Véase DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., *Cuhecho*, pp. 261 y 262.

posibles supuestos comprendidos en el art. 426, inciso segundo, son abarcados también por el inciso primero de este mismo artículo. Puede discutirse el contenido concreto de la expresión *acto no prohibido legalmente* del art. 426, inciso segundo, pero de lo que no hay duda es de que tal acto tiene que ser relativo, encontrarse en relación con la función pública ejercida por el sujeto activo del delito⁹². Si esto es así, todo funcionario público que admita dádiva o regalo que le son ofrecidos *para la consecución de un acto no prohibido legalmente*, al mismo tiempo admite dádiva o regalo que le son ofrecidos *en consideración a su función* (modalidad que hemos llamado de recogida)⁹³. Entre ambas figuras hay una relación de concurso de leyes que se resolverá por el principio de especialidad a favor de la primera. Ambas, sin embargo, están castigadas con la misma pena. Pero, entonces, si todos los supuestos comprendidos en el art. 426, inciso segundo, son al mismo tiempo abarcados por la modalidad de recogida (art. 426, inciso primero), y se castigan con idéntica pena, ¿qué sentido tiene la existencia de aquella figura?, ¿cuál es su razón de ser?, ¿acaso no supone esto un contrasentido desde el punto de vista de la economía legislativa? El art. 426, inciso segundo, no sólo plantea difíciles problemas de delimitación con el art. 425.1, inciso primero, del Código Penal, sino que resulta totalmente innecesario. Por este solo motivo, con independencia de la existencia de otros, debe patrocinarse su pronta desaparición.

Por otro lado, discrepamos de esa parte de la doctrina que ve entre el art. 425.1, inciso primero, y las modalidades tipificadas en los artículos 419, 420 y 421 del Código Penal una relación de especialidad⁹⁴. En este sentido, considera RODRÍGUEZ PUERTA que «(...) la nueva redacción que ha adoptado el art. 425 CP permite establecer, también en sentido lógico-formal, una relación de especialidad entre las formas agravadas de cohecho —arts. 419, 420 y 421 CP— y la modalidad básica —art. 425 CP—⁹⁵, pues

⁹² En caso contrario, se llegaría al dislate de castigar por cohecho, por ejemplo, a un sujeto, funcionario público, con conocimientos de fontanería, que recibe una cantidad de dinero de su vecino para que realice una reparación de urgencia en una parte de la cañería de su casa.

⁹³ Véase el epígrafe II. de este trabajo.

⁹⁴ Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 155-159, y 268.

⁹⁵ Si, como manifiesta RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, p. 157, refiriéndose al Código Penal de 1973, para distinguir los supuestos más graves de

los elementos adicionales de los tipos específicos –arts. 419, 420 y 421 CP– constituyen especiales concreciones de los elementos presentes en el tipo general –art. 425 CP–. Esta conclusión se infiere sin dificultad de los términos empleados en el art. 425 CP –acto propio del cargo–, categoría de actos a la que pertenecen tanto los actos delictivos realizados en el ejercicio del cargo (art. 419 CP), como los injustos (art. 420 CP) y las abstenciones (art. 421 CP)⁹⁶. De esta forma, en el art. 425.1, inciso prime-

cohecho (artículos 385, 386 y 387) de aquellos otros menos graves (art. 390), no podía recurrirse a la utilización de las expresiones «tipo básico» y «modalidades agravadas», pues, pese a existir entre ellas una relación de inclusión valorativa, «(...) la concreta técnica de tipificación empleada para describir las distintas formas de cohecho impedía sostener que, también en sentido lógico-formal, entre los preceptos indicados existía una relación de especialidad», tampoco en la actualidad será correcto –como veremos, por idéntica razón– calificar de tipo básico el art. 425.1, inciso primero, y de tipos agravados los artículos 419, 420 y 421 del Código Penal. Además, las modalidades de cohecho cometidas por autoridad o funcionario público no se reducen a las contenidas en estos preceptos: ¿también el art. 425.1, inciso primero, es el tipo básico de las restantes figuras del art. 425 y de las contenidas en el art. 426? Con todo, otros autores contemplan asimismo el art. 425.1, inciso primero, como el tipo básico del delito de cohecho; véanse ORTOS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Comentarios*, p. 1835; y OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, p. 388.

⁹⁶ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, p. 140, nota 24. También CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, pp. 36 y ss., incluye en la expresión *para realizar un acto propio de su cargo* del art. 425.1, inciso primero, actos ilícitos, distinguiendo tal modalidad, del art. 420, en que, en este último precepto, a diferencia del primero, se exige ánimo de lucro –que deduce de la locución *en provecho propio o de un tercero*–. Con ello, según su opinión, se colman algunas lagunas de punibilidad motivadas por la regulación actual del Código Penal, pues de entenderse que en el art. 425.1, inciso primero, no tienen cabida los supuestos en los que la dádiva se solicita o admite para realizar un acto ilícito, serían atípicas tales conductas cuando no haya por parte del funcionario intención de beneficio propio ni de tercero.

La postura de Castro Moreno nos suscita algunas dudas que trataremos de manifestar. Considera este autor que un *acto propio del cargo* (art. 425.1, inciso primero) puede ser también un acto ilícito. Para distinguir esta modalidad, del art. 420, exige en este último un específico elemento subjetivo: el ánimo de lucro. De esta manera, continúa argumentando, el funcionario público que, sin ánimo de lucro, solicita o recibe una dádiva para realizar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo, si bien no comete el art. 420 por faltar ese específico elemento subjetivo, podrá ser castigado por el delito del art. 425.1, inciso primero, solución que sería imposible de no incluir en la expresión *acto propio del cargo* también los actos ilícitos. Desde

ro, subsume esta autora, como hemos visto más arriba, además de los cohechos cuyo objeto es un acto discrecional objetivamente conforme al ordenamiento jurídico, «aquellos otros en los que el sujeto activo (...) desconoce el carácter injusto del acto contrapartida de la dádiva, o yerra sobre este extremo»⁹⁷.

Antes de nada, una relación de especialidad entre el art. 425.1, inciso primero, y los artículos 419, 420 y 421, posibilitaría la inclusión en aquél, no sólo de los supuestos en que el funcionario público actúa creyendo que el acto contrapartida de la dádiva es justo cuando en realidad es contrario al ordenamiento jurídico, como parece inferirse de las palabras de RODRÍGUEZ PUERTA, sino también de aquellos otros en los que el sujeto activo conoce la ilegalidad del acto, aunque en este caso, con base precisamente en el principio de especialidad, se aplicase preferentemente el art.

el punto de vista que él mantiene, todo parece, hasta el momento, correcto. Ahora bien, no queda claro en su exposición si, cuando habla de actos ilícitos, también incluye los delictivos, más exactamente, si un acto constitutivo de delito queda igualmente abarcado por el art. 425.1, inciso primero. Vamos a pensar que sí, aunque, insistimos, nada se diga expresamente, pues de lo contrario la solicitud o recepción de una dádiva por el funcionario, sin ánimo de lucro, para realizar un acto constitutivo de delito, debería quedar, en su concepción, impune. Lo que sí se deriva claramente de su argumentación es la dificultad de que puedan encuadrarse en la redacción del art. 425.1, inciso primero *—para realizar un acto—*, los supuestos en los que la contrapartida de la dádiva es una conducta omisiva. Esto, unido a que Castro Moreno debe exigir en los artículos 419 y 421, al igual que en el 420, ánimo de lucro, hace que nos surja una pregunta ¿qué ocurre con aquellos casos en los que el funcionario, sin ánimo de lucro, solicita o recibe una dádiva *para realizar en el ejercicio de su cargo una omisión constitutiva de delito o para abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo*? En la concepción de este autor, si la hemos entendido bien, deberían quedar impunes, pues no podría aplicar el art. 419 o el art. 421 por faltar aquel específico elemento subjetivo, ni tampoco el art. 425.1, inciso primero, al no abarcar la expresión *para realizar un acto* los supuestos en los que la contrapartida de la dádiva constituye una omisión. Con ello, la finalidad perseguida por Castro Moreno consistente en colmar algunas lagunas de punibilidad que, según él, presenta la regulación actual, se ve, en cierta medida, frustrada.

⁹⁷ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 159 y 272. Véase también MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, p. 1726, donde se limita expresamente el ámbito de aplicación del art. 425.1, inciso primero, a los actos de naturaleza discrecional ajustados a derecho y a los supuestos en los que el funcionario desconoce *—error—* el carácter injusto del acto objeto del cohecho.

419, 420 ó 421, según los casos. No es éste, sin embargo, el reproche que ahora nos importa, sino, como ya hemos notado, el que tiene que ver con la consideración misma de estar ante una relación de especialidad.

Es cierto que las acciones típicas de los artículos 419, 420 y 421 del Código Penal coinciden con las descritas en el art. 425.1, inciso primero⁹⁸, pero no compartimos la opinión de que una acción u omisión constitutivas de delito realizadas en el ejercicio del cargo (art. 419), un acto injusto relativo al ejercicio del cargo que no constituya delito (art. 420) o la abstención de un acto que debiera practicarse en el ejercicio del cargo (art. 421), sean actos *propios* del cargo⁹⁹, por lo que no podemos estar de acuerdo con que todos los supuestos susceptibles de ser integrados en estos preceptos resulten a la vez abarcados por el art. 425.1, inciso primero. Acto *propio* del cargo es un acto perteneciente al cargo, característico, peculiar del cargo, y un delito o un ilícito disciplinario, por mucha relación que tengan con el cargo, no pertenecen, no son propios del cargo¹⁰⁰⁻¹⁰¹. ¿Cómo explicar que

⁹⁸ Así RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, p. 156.

⁹⁹ Véanse CRESPO BARQUERO, P., *Código Penal*, p. 2369; y la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 1.ª, de 20 de octubre de 1999 (A. R. P. 5101), donde se juzga el caso del Ayudante Militar de Marina que solicita de los armadores diferentes cantidades de numerario para que sus barcos fuesen despachados, no obstante no cumplirse los requisitos que el propio funcionario estimaba indispensables para que aquéllos pudieran navegar; y se dice: «Tal modo de proceder debe ser calificado como ejecución de actos injustos relativos al ejercicio del cargo de Ayudante Militar de Marina, en el sentido que le otorga el art. 386 del Código Penal de 1973 (art. 420 del actual), y no como acto propio del expresado cargo, tipificado en el art. 425 del vigente Código Penal (...)». La cursiva es nuestra.

¹⁰⁰ Como puede observarse, la argumentación gira en torno al adjetivo *propio*. No entramos ya en la dificultad añadida, sobre la que no se pronuncia Rodríguez Puerta, de que una omisión, delictiva (art. 419) o injusta no constitutiva de delito (art. 421), pueda incluirse en la expresión *para realizar un acto* del art. 425.1, inciso primero, del Código Penal.

¹⁰¹ OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pp. 301, 304 y 388, incurre, a nuestro modo de ver, en una contradicción cuando, por un lado, manifiesta que el *acto propio de su cargo* del art. 425.1, inciso primero, «(...) debe tratarse de un acto justo, es decir, que no viole ninguna norma jurídica» (p. 301), y poco más tarde apuntar la posibilidad de aplicar este precepto cuando el funcionario público «acepta una dádiva por comprometerse a realizar un acto que él cree justo y en realidad es injusto (...), porque el acto justo o injusto sigue siendo un acto del cargo del funcionario» (p. 304), o en los casos en que «el funcionario se compromete a realizar un acto

entre los actos *propios* de un juez está el de dictar resoluciones prevaricadoras? El mismo legislador, cuando en el art. 419 se refiere a la contraprestación de la dádiva, no habla de una acción u omisión *propias* del cargo constitutivas de delito, sino de una acción u omisión constitutivas de delito realizadas *en el ejercicio del cargo*. Lo mismo sucede en el art. 420. En este precepto, la contrapartida de la dádiva no es un acto injusto *propio* del cargo que no constituya delito, sino un acto injusto *relativo al ejercicio del cargo* que no constituya delito¹⁰². En definitiva, entre los artículos 419, 420 y 421, y el art. 425.1, inciso primero, del Código Penal, no se cumple la máxima, propia de la especialidad en sentido lógico-formal, de que siempre que se realiza el tipo de la ley especial se realiza también necesariamente el tipo de la ley general. Sí se observa este principio, sin embargo, cuando ponemos en relación dos de los subtipos de este último precepto con el art. 426, inciso primero. Veámoslo.

El art. 425.1, inciso primero, del Código Penal castiga con idéntica pena tres subtipos distintos: la solicitud de dádiva o presente, la aceptación de la promesa de su entrega futura y, por último, su recepción efectiva. Nos encontramos, al igual que ocurría con el cohecho subsiguiente, ante un tipo mixto alternativo¹⁰³. Por otro lado, la expresión *en consideración a su función* del art. 426, inciso primero, acoge, como vimos¹⁰⁴, los casos en que el funcionario público admite una dádiva o regalo que le son ofrecidos para realizar un acto propio de su cargo¹⁰⁵. En consecuencia, cuando el funcionario realiza los subtipos del art. 425.1, inciso primero, consistentes en la

que en realidad es constitutivo de delito pero él piensa que simplemente es un acto injusto (...) *porque el funcionario en todo caso se compromete a realizar un acto propio de su cargo*» (p. 388). La cursiva es nuestra.

¹⁰² RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, p. 159, parece no darse cuenta de este detalle, pues al transcribir parte del art. 420 del Código Penal, lo hace de esta guisa: «acto injusto propio del cargo que no constituya delito».

¹⁰³ Véase al respecto el epígrafe III. de este trabajo. A este epígrafe nos remitimos también por lo que se refiere a la relación existente entre estos subtipos integrantes del tipo mixto alternativo, que no es otra que la de concurso de leyes, y al concreto criterio utilizado para solucionar tal concurso.

¹⁰⁴ Epígrafe II.

¹⁰⁵ No cabe duda de que el funcionario que admite una dádiva ofrecida para que realice un acto propio de su cargo, admite una dádiva ofrecida *en consideración a su función*.

aceptación de la promesa de entrega futura de la dádiva o en su recepción efectiva, realiza también necesariamente el art. 426, inciso primero¹⁰⁶. Entre éste y aquéllos existe una relación de concurso de leyes que se resolverá por el principio de especialidad a favor de los subtipos mencionados del art. 425.1, inciso primero. Si la acción típica realizada es la de solicitar una dádiva, tan sólo se comete uno de los subtipos del art. 425.1, inciso primero, pues el art. 426, inciso primero, no recoge esta modalidad.

En los dos supuestos en estudio (artículos 426, inciso segundo, y 425.1, inciso primero), el elemento intelectual del dolo del autor ha de comprender su condición de funcionario público y la conexión causal existente entre la dádiva solicitada u ofrecida y la función pública ejercida. Ha de abarcar, además, la acción típica, que en el caso del art. 426, inciso segundo, puede ser la aceptación de la promesa de entrega futura de una dádiva o su recepción efectiva, y en el del art. 425.1, inciso primero, además de estas dos, la solicitud de dádiva o presente. El tipo subjetivo de estos supuestos, sin embargo, no se reduce al dolo.

La acción típica, sea cual sea, debe ejecutarse *para la consecución de un acto no prohibido legalmente* (art. 426, inciso segundo) o *para realizar un acto propio de su cargo* (art. 425.1, inciso primero). Ahora bien, no es necesaria la realización efectiva de la contrapartida de la dádiva, esto es, del *acto no prohibido legalmente* o del *acto propio de su cargo*, para la consumación del delito. Ambos quedan fuera del tipo objetivo. Basta con que el sujeto activo solicite la dádiva¹⁰⁷, la reciba o acepte la promesa de su entrega futura con la *finalidad* de conseguir un acto no prohibido legalmente o de realizar un acto propio de su cargo. El tipo subjetivo de ambos supuestos, por ello, como anticipábamos más arriba, requiere, además del dolo, la mentada finalidad, que no es otra cosa que un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo. Se trata ahora de dilucidar ante qué clase de elemento subjetivo de lo injusto estamos.

¹⁰⁶ Conviene recordar que este precepto recoge, asimismo, como modalidades típicas, la de aceptar la promesa de entrega futura de una dádiva y la recepción efectiva de la misma. Véase de nuevo el epígrafe II.

¹⁰⁷ La solicitud de la dádiva, como sabemos, sólo por lo que respecta al art. 425.1, inciso primero.

Son variadas las clasificaciones de los elementos subjetivos de lo injusto que se han ofrecido por la doctrina¹⁰⁸. De entre ellas, ha de darse prioridad, a nuestro modo de ver, a aquella que descansa sobre el papel que juega en el tipo el correspondiente elemento subjetivo de lo injusto¹⁰⁹. Y en este sentido, en opinión de GIL GIL, la introducción de un elemento subjetivo en el tipo de lo injusto puede tener dos finalidades diferentes: adelantar las barreras de protección anticipando el momento de la consumación o restringir el tipo mediante la concreción de la conducta que se quiere castigar¹¹⁰. Pues bien, tanto el acto no prohibido legalmente (art. 426, inciso segundo) como el acto propio del cargo del funcionario público (art. 425.1, inciso primero), ajenos al tipo objetivo pero abarcados por la finalidad del sujeto activo, son lícitos, conformes a Derecho. Su ejecución, aisladamente considerada, ni lesiona ni pone en peligro concreto bien jurídico alguno, por lo que la consumación del delito con anterioridad a la realización de ambos actos no puede obedecer al adelantamiento de las barreras de protección de un bien jurídico. El elemento subjetivo de lo injusto distinto del dolo de los supuestos que nos ocupan viene a caracterizar, en el sentido que a continuación veremos, la forma de lesión del bien jurídico, que no es otro que la honradez o integridad de la condición de funcionario público.

Comencemos por el subtipo del art. 425.1, inciso primero, consistente en solicitar dádiva o presente para realizar un acto propio del cargo. La autoridad o funcionario público que recibe efectivamente o acepta la promesa de entrega futura de una dádiva ofrecida en consideración a su función (art. 426, inciso primero) lesiona, como vimos en el estudio de la

¹⁰⁸ Véanse, por ejemplo, MEZGER, E., *Tratado*, pp. 357 y 358; CEREZO MIR, J., *Curso...*, II, pp. 122 y 123; POLAINO NAVARRETE, M., *Los elementos subjetivos del injusto*, pp. 251 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, p. 281; y CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, pp. 721 y 722.

¹⁰⁹ Así GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, p. 233, nota 128.

¹¹⁰ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, pp. 128 y 233; la misma, *La ausencia*, pp. 59 y ss. Sobre estas funciones que cumplen los elementos subjetivos de lo injusto adicionales al dolo, véanse también JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 8. Abschn., nn. mm. 89-92, pp. 307-309 (*Derecho Penal*, PG, pp. 370-372); BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual...*, PG, pp. 292 y 293; y OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal*, p. 136.

modalidad de recogida¹¹¹, la honradez o integridad de la condición de funcionario público. No castiga esta figura, sin embargo, la acción de solicitar dádiva o regalo, aunque con ella se lesione igualmente el bien jurídico citado. Por ello, el elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo del subtipo al que ahora nos referimos, reflejado en la expresión *para realizar un acto propio de su cargo*, viene a concretar la forma de lesión que se quiere castigar: no toda lesión de la honradez o integridad de la condición de funcionario público provocada por la solicitud de una dádiva por parte de un funcionario valiéndose para ello de la función pública que desempeña, sino únicamente la forma de lesión que el elemento subjetivo de lo injusto define, esto es, la producida por la solicitud de una dádiva con la intención o finalidad de *realizar un acto propio del cargo*.

En los otros dos subtipos del art. 425.1, inciso primero –aceptación de la promesa de entrega futura de la dádiva y recepción efectiva de la misma–, el específico elemento subjetivo de lo injusto cumple una función distinta. Al castigar el art. 426, inciso primero, estas dos conductas cuando la dádiva es ofrecida en consideración a la función desempeñada por el funcionario público, aquel elemento subjetivo de lo injusto no determina qué lesión del bien jurídico protegido debe castigarse y cuál ha de quedar extramuros del Derecho Penal, sino, más bien, sirve para agravar ambas conductas, que de no concurrir tal elemento subjetivo de lo injusto serían más levemente penadas¹¹². Esto es, por un lado se castiga con multa de tres a seis meses al funcionario público que recibe efectivamente o acepta la promesa de entrega futura de una dádiva ofrecida en consideración a su función (art. 426, inciso primero), y por otro, se impone la pena, más grave, de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años, cuando tales acciones

¹¹¹ Epígrafe II.

¹¹² En relación con el papel que puede jugar en el tipo un específico elemento subjetivo de lo injusto, manifiesta OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal*, p. 136, que, además de añadir algo al dolo para distinguir lo que interesa al Derecho Penal de lo que le resulta indiferente, «otras veces privilegian o agravan una determinada conducta que, de no concurrir el elemento subjetivo de que se trate, sino únicamente el dolo, sería más severa o más levemente conminada».

se ejecutan por el funcionario público *para realizar un acto propio de su cargo*. La especialidad de los subtipos en estudio del art. 425.1, inciso primero, en relación con el art. 426, inciso primero, viene determinada por el tipo subjetivo de aquéllos, concretamente por el elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo: la finalidad de realizar un acto propio del cargo, que, como se ha dicho, conlleva la imposición de una pena más grave.

Resta observar, finalmente, cómo opera en el art. 426, inciso segundo, su elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo, reflejado en la expresión *para la consecución de un acto no prohibido legalmente*. Si el art. 426 del Código Penal no castigara a la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función, diríamos que el elemento subjetivo de lo injusto del art. 426, inciso segundo, acota la concreta lesión del bien jurídico —la honradez o integridad de la condición de funcionario público— con relevancia penal. Como no es así, como ya es típica la admisión de dádiva ofrecida en consideración a la función desempeñada por el funcionario público, no puede mantenerse que este elemento subjetivo de lo injusto cumpla tal función. Tampoco la de agravar las conductas recogidas en el tipo, pues se castiga igualmente (multa de tres a seis meses) la admisión de una dádiva ofrecida en consideración a la función ejercida por el funcionario público, que para la consecución de un acto no prohibido legalmente. La finalidad de conseguir un acto de esta clase constituye una característica particular del art. 426, inciso segundo, que hace que éste sea especial, y, por tanto, de aplicación preferente, respecto del art. 426, inciso primero, pero viene a conformar un tipo que resulta, como quedó demostrado más arriba, totalmente innecesario. El papel que juega tal elemento subjetivo de lo injusto es, por tanto, superfluo.

Con la prohibición, dirigida a las autoridades y funcionarios públicos, de recibir efectivamente o aceptar promesa de entrega futura de una dádiva ofrecida en consideración a su función (art. 426, inciso primero), el legislador trata de proteger, como señalamos en su momento, la honradez o integridad de la condición de funcionario público. Idénticas acciones se castigan en los artículos 426, inciso segundo, y 425.1, inciso primero¹¹³, con

¹¹³ En éste, además, la solicitud de una dádiva.

la particularidad de que en estos supuestos el legislador introduce en el tipo subjetivo, junto al dolo, un específico elemento subjetivo, que no viene a adelantar las barreras de protección de otro bien jurídico, sino a caracterizar —a veces de manera innecesaria, otras concretando la lesión que se quiere castigar, y otras agravando las conductas recogidas en el tipo— la forma de lesión del mismo bien jurídico que ya resulta menoscabado con la modalidad de recogida. Con base en el principio de fragmentariedad¹¹⁴, podría justificarse el castigo de estos supuestos con el argumento de que estamos ante las modalidades de ataque más graves contra tal bien jurídico. Este argumento merecería una reflexión si no fuera porque aquel principio opera sobre bienes jurídicos que previamente han sido considerados merecedores de protección penal, señalando sus formas más graves de ataque¹¹⁵, y el bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público* no alcanza este nivel. La investigación encaminada a averiguar si este bien jurídico merece protección penal ha dado como resultado una respuesta negativa¹¹⁶, por lo que cualquier ataque al mismo, por más grave que sea, debe ser ajeno al Derecho Penal. En definitiva, somos partidarios de que las figuras recogidas en los artículos 425.1, inciso primero, y 426, inciso segundo, no se sancionen, al igual que todas las estudiadas hasta el momento, penalmente¹¹⁷.

¹¹⁴ Respecto a este principio, véanse MAIWALD, M., *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, pp. 9 y ss.; MIR PUIG, S., *Introducción*, pp. 126 y ss.; OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, pp. 359 y 361; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, pp. 124 y 125; y MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, pp. 79 y 80.

¹¹⁵ Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pp. 286, 289 y 290.

¹¹⁶ Véase el epígrafe II.

¹¹⁷ Véase MATA BARRANCO, N. J. De La, *El bien jurídico*, pp. 139 y 140.

2. Supuestos en los que la conducta contrapartida de la dádiva es contraria a Derecho

2.1. Cuestiones generales: las acciones típicas

Se trata de los artículos 419, 420 y 421 del Código Penal. En ellos, la autoridad o funcionario público¹¹⁸, por sí o por persona interpuesta, lleva a cabo la acción típica para realizar en el ejercicio de su cargo *una acción u omisión constitutivas de delito* (art. 419), para ejecutar *un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito* (art. 420), o para *abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo* (art. 421). La conducta contrapartida de la dádiva es, pues, en todos estos preceptos, contraria a Derecho y posterior a la realización de la acción típica.

Los artículos 385 y 386 del Código Penal anterior concretaban las acciones típicas con idénticas expresiones: *solicitar o recibiere dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa*. Esta igualdad terminológica desaparece de los actuales artículos 419 y 420, pues si bien el primero sigue expresándose en los mismos términos, el segundo, más sucinto, habla de *solicitar o recibir dádiva o promesa*. A pesar de ello, aunque no exista una exacta coincidencia gramatical, ambas locuciones se refieren a los mismos supuestos de hecho: solicitud de dádiva, recepción efectiva de la misma y aceptación de la promesa de su entrega futura. Hubiera sido deseable, no obstante, para prevenir discusiones estériles, la utilización de idénticos términos a la hora de precisar las acciones típicas, aun con merma del estilo.

El actual art. 421 se refiere a la acción típica de igual forma que como lo hacía el art. 387 del Código Penal anterior: *cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida (...)*. CÓRDOBA RODA señaló la dificultad que entraña la última de estas palabras, «pues no expresa una acción de quien es destinatario de la conminación penal, sino la de una persona distinta»¹¹⁹. A pesar de ello, el legislador penal de 1995 persiste en su utilización, por lo

¹¹⁸ Lo dispuesto en estos preceptos es aplicable asimismo, en virtud del art. 422 del Código Penal, a los *jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública*.

¹¹⁹ CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, p. 184. Véase también OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, pp. 873 y 874.

que sigue siendo válida la solución aportada por este autor: la modalidad delictiva correspondiente al supuesto de *dádiva prometida* debe restringirse a los casos en los que habiendo sido prometida al funcionario una dádiva, éste la haya aceptado, ya que es inadmisibles que el hecho de prometer a un funcionario una dádiva, conlleve, sin necesidad de acción alguna por su parte, una responsabilidad penal para el mismo¹²⁰. Coinciden, por tanto, las acciones típicas del art. 421, con las de los artículos 419 y 420¹²¹.

2.2. El art. 419 del Código Penal

De acuerdo con este precepto, incurre en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito¹²².

¹²⁰ CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, pp. 184 y 185. En el mismo sentido ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal*, Parte Especial, 2.ª edición, pp. 462 y 463; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, p. 376; LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., *Manual*, p. 343; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, Parte especial, p. 1178; ORTS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Comentarios*, p. 1826; y OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, p. 875.

¹²¹ De esta opinión, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 173 y 174; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, p. 1712; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pp. 229 y ss.; y CRESPO BARQUERO, P., *Código Penal*, p. 2346.

¹²² Nos adherimos a la opinión casi unánime que interpreta el término *delito* en un sentido estricto, excluyendo, por tanto, las faltas del ámbito del art. 419; véanse CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, p. 883; CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, p. 180; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, pp. 375 y 376; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, p. 205; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., *El delito de cohecho*, p. 164; el mismo, *Cobeco*, p. 259; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pp. 278 y 279; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, p. 234; ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal*, Parte Especial, p. 761; SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal*, p. 785; MORILLAS CUEVA, L., *Compendio*, p. 812; y las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1972 (R. J. A. 1887) y 24 de febrero de 1993 (R. J. A. 1531). En contra, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, 4.ª edición, p. 804.

2.2.1. Relación con la modalidad de recogida

Contiene el art. 419, como ocurre con las figuras de cohecho ya estudiadas, un tipo mixto alternativo¹²³. Se prevé idéntica pena para tres modalidades distintas: la solicitud de dádiva o presente, la aceptación de la promesa de su entrega futura y su recepción efectiva, ejecutadas todas ellas para realizar en el ejercicio del cargo del funcionario público una acción u omisión constitutiva de delito.

La expresión *en el ejercicio de su cargo* supone que la acción u omisión de que habla el art. 419 sea de las que se realizan en el desempeño de las funciones públicas que el sujeto activo tiene encomendadas. Se excluyen, por tanto, las acciones y omisiones constitutivas de delito que no guardan relación alguna con el cumplimiento de tales funciones¹²⁴. Así por ejemplo, no comete delito de cohecho el profesor de una universidad pública que recibe una cantidad de dinero para llevar a cabo una detención ilegal o para no socorrer a una persona que se halla desamparada y en peligro manifiesto y grave. No es suficiente tampoco, en nuestra opinión, que la realización de la acción u omisión constitutiva de delito contrapartida de la dádiva resulte meramente favorecida o facilitada por la concreta función pública que desempeña el sujeto activo o por su pertenencia a un determinado organismo público¹²⁵. La opinión contraria, por lo demás, no deriva nece-

¹²³ De esta opinión VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, p. 76; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, p. 174; y LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso*, p. 311.

¹²⁴ En esto hay unanimidad en la doctrina; véanse GROIZARD y GÓMEZ de la SERNA, A., *El Código Penal de 1870...*, Tomo IV, p. 242; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, p. 196; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 204, 205 y 233; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pp. 270 y 279; y ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal*, Parte Especial, p. 760.

¹²⁵ En contra, sin embargo, un amplio sector de la doctrina y de la jurisprudencia; véanse QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal*, p. 566; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, pp. 201 y 205-207; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 205-207; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, p. 1698; LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., *Manual*, p. 340; y las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1979, R. J. A. 4242 [«(...) siendo irrelevante para que la consumación se produzca (...) el que dicho acto u omisión entren o no dentro de las facultades o cometidos legalmente asignados al funcionario de que se trate, ya que basta tan sólo que tengan relación con el cargo y no resulten manifiestamente extrañas a él (...）」]; 9 de marzo de 1990, R. J. A. 2442; 28 de octubre de 1991, R. J. A. 7415 [«En cuanto a la relación del

sariamente, como parece opinar algún autor¹²⁶, del dato cierto de que entre las competencias de un funcionario público no se encuentra la de realizar una acción u omisión constitutiva de delito. A nuestro modo de ver, la acción constitutiva de delito contrapartida de la dádiva realizada en el desempeño de las funciones públicas del sujeto activo ha de ser un acto, actuación o actividad que pertenezca a la clase de actos —o esté en estrecha relación con los cometidos concretos— que el funcionario como partícipe en el ejercicio de la función pública tiene encomendados. En el caso de una omisión constitutiva de delito, debe tratarse de la no realización de un acto, actuación o actividad que el funcionario público debe realizar por razón de las concretas funciones públicas que desempeña. Con palabras de OCTAVIO de TOLEDO, «la acción u omisión ha de suponer un ejercicio ilegítimo o irregular de su cargo y no, simplemente, un abuso de su condición»¹²⁷. De esta forma, comete un delito de cohecho del actual art. 419 del

acto del funcionario con su cargo no es necesario que se trate de acto propio atribuido específicamente a él, bastando que como dice el texto legal sea relativo al ejercicio del cargo y si su función era inspeccionar el funcionamiento legal de las máquinas, el proporcionar esas licencias ilegalmente que mal podría inspeccionar después es relativo a dicha función y, aunque no debiera expedirlas, lo cierto es que dispuso de ellas con todos los requisitos formales aparentes y si no hubiere sido funcionario de ese servicio no le hubiera sido posible»; y 4 de abril de 1994, R. J. A. 2867 [«(...) en los artículos citados referentes al delito de cohecho —385 y ss. del Código Penal anterior— los actos que el funcionario cohechado ha de realizar para ser subsumibles en el respectivo tipo, sólo han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeñe. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el Texto Legal es que el acto que el funcionario ejecuta por dádiva, presente, ofrecimiento o promesa, guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que a él se dirija el particular corruptor por cuanto entiende le es posible la ejecución del acto requerido en atención a su condición o cargo, y tal acto en efecto puede realizarlo con especial facilidad por la clase de función que desempeña o ejercita, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponde ejecutar en el uso de sus específicas competencias, sino sólo con ellas relacionado»].

¹²⁶ Véanse VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, p. 201; y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 205 y 206.

¹²⁷ OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, pp. 876 y 877. Partidarios también de una interpretación restrictiva, PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal...*, II, p. 327, nota 25; CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, pp. 178-180; CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, p. 886; OLAIZOLA

Código Penal, por ejemplo, el juez que acepta la entrega de un presente a cambio de dictar una sentencia injusta, el secretario judicial que se compromete a destruir un documento cuya custodia tiene encomendada por razón de su cargo o a revelar actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial como contraprestación a la entrega de un diamante, el inspector perteneciente a los servicios de la Inspección Técnica de Vehículos que recibe una dádiva para alterar los datos de un certificado oficial de inspección técnica de vehículos que hace posible dedicar al transporte escolar un autocar con graves defectos técnicos¹²⁸ o el miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que solicita una cantidad de dinero para no perseguir un determinado delito del que ha tenido conocimiento¹²⁹.

No hay duda, de acuerdo con la argumentación anterior, de que el funcionario público que admite una dádiva ofrecida para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito, admite una dádiva ofrecida *en consideración a su función*. En consecuencia, cuando los subtipos del art. 419 realizados por el funcionario público sean la aceptación de la promesa de entrega futura de la dádiva o su recepción efectiva —no, en cambio, si la acción típica ejecutada es la de solicitar una dádiva¹³⁰—, se comete al mismo tiempo el art. 426, inciso primero, del Código Penal.

NOGALES, I., *El delito de cohecho*, p. 279; y las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1960, R. J. A. 1160; 16 de noviembre de 1981, R. J. A. 4335 [«(...) para que pueda ser estimado —el art. 385 del Código Penal anterior— requiere, no sólo que se dé la entrega o la promesa aceptada de dádivas o presentes a un funcionario público, sino que las mismas hayan sido convenidas para que éste lleve a efecto la ejecución de un acto que constituya delito, pero cuyo acto sea de los propios e inherentes a las funciones del cargo que desempeñe, con cuya sola concurrencia de requisitos, el delito queda consumado, aun cuando el acto delictivo no llegare a realizarse»]; y 19 de septiembre de 1986, R. J. A. 4687.

¹²⁸ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1996 (R. J. A. 4548). También en las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1962 (R. J. A. 3953), 20 de febrero de 1963 (R. J. A. 614), 9 de mayo de 1963 (R. J. A. 2314), 18 de mayo de 1963 (R. J. A. 2428), 15 de noviembre de 1971 (R. J. A. 4596) y 10 de marzo de 1995 (R. J. A. 1824) se solicitan o reciben dádivas por funcionarios públicos para cometer un delito de falsedad documental.

¹²⁹ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1993 (R. J. A. 126).

¹³⁰ No olvidemos que el art. 426, inciso primero, del Código Penal no recoge esta modalidad.

Entre esta última disposición y las dos primeras modalidades referidas del art. 419 existe una relación de concurso de leyes que se resolverá por el principio de especialidad a favor de estas últimas¹³¹.

¹³¹ Los subtipos recogidos en el art. 419 del Código Penal pueden ser cometidos por el funcionario público *por sí o por persona interpuesta*, mención esta, sin embargo, no prevista por el art. 426, inciso primero. Siempre que el funcionario, *por sí*, reciba una dádiva o acepte la promesa de su entrega futura para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito, comete, además de alguno de los dos subtipos referidos del art. 419, el art. 426, inciso primero. La relación de especialidad entre los subtipos concurrentes es clara, resolviéndose a favor del ubicado en el art. 419. Cuando, en el caso anterior, el funcionario público se sirve de una persona interpuesta, será autor —el funcionario— del delito del art. 419, y, si el instrumento obra coaccionado, con un error sobre un elemento del tipo, sobre la antijuridicidad de la conducta o sobre la concurrencia de una causa de inculpabilidad, actúa amparado por una causa de justificación o es un inimputable (véase, sobre los supuestos de autoría mediata, CERREZO MIR, J., *Curso...*, III, pp. 214 y ss.), será, al mismo tiempo, autor mediato del art. 426, inciso primero, del Código Penal. Existe entre ellos también un concurso de leyes. La cuestión se complica cuando la persona interpuesta de la que se sirve el funcionario público para recibir la dádiva o aceptar la promesa de su entrega futura es un sujeto no cualificado que actúa dolosamente en connivencia con el funcionario (el llamado *instrumento doloso no cualificado*). En este caso queda excluida la autoría mediata del art. 426, inciso primero, pues el funcionario público no tiene el dominio del hecho (véanse, entre otros, SCHROEDER, F.-C., *Der Täter hinter der Täter*, p. 88; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice*, pp. 261 y 262; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *El autor mediato*, pp. 471 y 472; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales*, pp. 97-104; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro...*, I, p. 109; y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría*, pp. 618 y 619). Si embargo, acudiendo a la figura del actuar en lugar de otro (art. 31 del Código Penal), no hay dificultad para fundamentar la existencia de una participación del funcionario en el delito del art. 426, inciso primero, cometido por el instrumento doloso no cualificado, que será autor directo (véanse al respecto GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro...*, I, pp. 115-119; y HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata*, pp. 317 y 318). De esta forma, el funcionario público que, a través de un instrumento doloso no cualificado, y en connivencia con él, recibe una dádiva o acepta la promesa de su entrega futura para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito, es autor de un delito de cohecho del art. 419 y, al mismo tiempo, partícipe (normalmente inductor) de un delito de cohecho del art. 426, inciso primero, del Código Penal. Entre ambos existe una relación de concurso de leyes que se resolverá a favor del art. 419. El criterio que solucionará el concurso de leyes entre los subtipos concurrentes de los artículos 419 y 426, inciso primero, a favor del que integra el primero de estos preceptos es, a nuestro modo de ver, el de especialidad, tanto en los casos en que el funcionario público sea autor mediato del art. 426, inciso primero, del Código

2.2.2. Estructura típica

En el precepto que nos ocupa, el elemento intelectual del dolo del autor comprende su condición de funcionario público¹³² y la acción típica, esto es, la solicitud de una dádiva, la aceptación de la promesa de su entrega futura o su recepción efectiva. El sujeto activo, además, debe tener conciencia de la conexión causal existente entre la dádiva o presente solicitado u ofrecido y el ejercicio de la función pública en el que participa. Con todo, el tipo subjetivo de las diferentes modalidades del art. 419 no queda conformado todavía, al igual que ocurría en los supuestos de cohecho antecedente ya estudiados¹³³, con la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. Es necesaria la concurrencia de otro elemento subjetivo.

Penal, como en los que es partícipe de este delito cometido por el *extraneus* actuando en lugar de otro.

La relación de especialidad no quiebra por el hecho de que los subtipos del art. 419, además de por la autoridad y funcionario público, a diferencia de lo que ocurre con el art. 426, puedan cometerse también, de acuerdo con el art. 422 del Código Penal, por todos los que *participan en el ejercicio de la función pública*, pues si un partícipe en el ejercicio de una función pública no funcionario recibe una dádiva o acepta la promesa de su entrega futura para realizar en la participación de esa función una acción u omisión constitutiva de delito, comete únicamente un delito de cohecho del art. 419 del Código Penal, por lo que no es necesario acudir a criterio alguno para solventar un concurso de leyes inexistente.

¹³² Como expone CEREZO MIR, J., *Curso...*, II, p.133, es suficiente con que el sujeto tenga conciencia de que participa en el desempeño de las funciones públicas. Coincide este conocimiento, por tanto, con el que debe tener el sujeto activo del delito de cohecho del art. 419 cuando es un partícipe en el ejercicio de una función pública no funcionario (art. 422 del Código Penal). No son iguales, sin embargo, las exigencias objetivas, pues cuando se trata de un funcionario público, además de participar en el ejercicio de funciones públicas, debe darse alguno de los títulos expresados en el art. 24.2 del Código Penal (disposición inmediata de la Ley, elección o nombramiento de autoridad competente) que lo habilite para dicha participación. Véase al respecto DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., *Cohecho*, p. 259. OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *Un ejemplo de norma jeroglífica*, pp. 14 y 15, por el contrario, considera que el art. 422, al reproducir con casi absoluta fidelidad el segundo de los requisitos exigidos por el art. 24.2 del Código Penal (*participación en el ejercicio de funciones públicas*), está implicando también el primero, esto es, el título de habilitación, concluyendo que aquel precepto es una disposición superflua.

¹³³ Véase el epígrafe IV. 1.

La solicitud de una dádiva, la aceptación de la promesa de su entrega futura o su recepción efectiva debe ejecutarse por la autoridad o funcionario público *para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito*. No es necesaria, desde luego, para que quede completado el tipo objetivo la realización por el funcionario público de la contrapartida de la dádiva, pero éste debe llevar a cabo la acción típica con la finalidad de realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito. La parte subjetiva del tipo requiere, por tanto, además del dolo, la mencionada finalidad (elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo)¹³⁴.

Cada uno de los subtipos del art. 419 del Código Penal se configura como un delito mutilado de dos actos (en terminología de HEGLER, delito con tendencia interna trascendente, más concretamente, delito con intención de un acto ulterior –*Nachaktsabsichtsdelikt*–)¹³⁵: un primer acto –*solicitud, recepción o aceptación* de una dádiva– perteneciente al tipo objetivo y, por tanto, abarcado por el dolo del autor, y un segundo acto –*realización en el ejercicio del cargo de una acción u omisión constitutiva de delito*– ajeno al tipo objetivo y, en consecuencia, al dolo, pero abarcado por un elemento subjetivo de lo injusto adicional a éste¹³⁶. El delito se consuma cuando se realiza el primer acto con la intención de llevar a cabo el segundo, por lo que no es necesaria la realización objetiva de este último pero tampoco basta con la mera ejecución del primero.

Con los delitos mutilados de dos actos, y el cohecho no es una excepción, el legislador pretende reforzar la protección del bien jurídico, considerando consumado formalmente el delito antes de la producción de su lesión¹³⁷. Podemos decir, por ello, que el elemento subjetivo de lo injusto

¹³⁴ Véase MATA BARRANCO, N. J. De La, *Relación concursal*, pp. 314 y 315.

¹³⁵ HEGLER, A., *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente*, pp. 256, 311 y ss.

¹³⁶ Véanse POLITOFF, S., *Los elementos subjetivos del tipo legal*, pp. 105-108; POLAINO NAVARRETE, M., *Los elementos subjetivos del injusto*, pp. 252 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 319; STRATENWERTH, G., *Strafrecht*, pp. 151 y 152 (nn. mm. 133-135); JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 8. Abschn., n. m. 90, p. 308; ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal*, PG, III, pp. 372-374; CEREZO MIR, J., *Curso...*, II, p. 122; COBO del ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, pp. 435 y 436; MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, p. 230; y BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual...*, PG, pp. 293 y 294.

¹³⁷ En este sentido WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, p. 188; COBO del ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, p. 435; JESCHECK/

del art. 419 reflejado en la expresión *para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito*, pertenece a la clase de aquellos que tienen como finalidad adelantar las barreras de protección del bien jurídico¹³⁸. Define tal elemento subjetivo de lo injusto la voluntad del sujeto activo dirigida hacia la realización de una conducta, activa u omisiva, constitutiva de delito que lesiona o pone en peligro un determinado bien jurídico. Ese bien jurídico cuya protección se pretende reforzar con la previsión del art. 419, cuyas barreras de protección se adelantan a un momento anterior al de su peligro concreto, no es otro, por tanto, que el que se lesionaría o pondría en peligro con la realización de la acción u omisión constitutiva de delito contrapartida de la dádiva. Como ésta puede ser

WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 266; JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 6. Abschn., n. m. 93, p. 176; POLITOFF, S., *Los elementos subjetivos del tipo legal*, pp. 107 y 108; GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, pp. 128, 233 y 234; y la misma, *La ausencia*, pp. 59-62.

- ¹³⁸ Como veíamos en el epígrafe IV. 1. de este trabajo, la introducción de un elemento subjetivo en el tipo de lo injusto puede tener dos finalidades diferentes: adelantar las barreras de protección anticipando el momento de la consumación o restringir el tipo mediante la concreción de la conducta que se quiere castigar. El elemento subjetivo de lo injusto que nos ocupa cumple, sin duda, la primera de estas funciones. Su finalidad principal es la de adelantar la línea de protección del bien jurídico, que queda lesionado o puesto en peligro con la realización de la acción u omisión constitutiva de delito contrapartida de la dádiva. Éste es el bien jurídico principal protegido en el art. 419, que como se verá sólo puede determinarse en el caso concreto. Como bien jurídico principal que es, ha de guiar en todo momento la construcción dogmática. Ahora bien, con la solicitud o recepción de una dádiva, o la aceptación de la promesa de su entrega futura, realizada por la autoridad o funcionario público con conocimiento de la existencia de una conexión causal entre la dádiva o presente solicitado u ofrecido y su participación en el ejercicio de la función pública, se lesiona asimismo la honradez o integridad de la condición de funcionario público, o para ser más exactos y abarcar también a los sujetos recogidos en el art. 422 del Código Penal, la honradez o integridad de la condición de participe en el ejercicio de funciones públicas. A diferencia de lo que ocurre en las figuras de cohecho ya estudiadas, tal bien jurídico tiene en el art. 419 un carácter subordinado, cumple un papel auxiliar respecto del bien jurídico principal. La protección de ambos bienes jurídicos, que se encuentran, como decimos, en un plano de no equivalencia, hace que la relación entre las modalidades del art. 419 y la modalidad de recogida del art. 426, inciso primero, sea de concurso de leyes. El elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo del art. 419, al mismo tiempo que adelanta la línea de protección del bien jurídico principal (su labor fundamental), viene a caracterizar, en relación con el bien jurídico subordinado, su concreta forma de lesión prevista en el precepto (función meramente accesorio).

variada —dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo a sabiendas de su injusticia, abandonar el destino con el propósito de no impedir un delito, dejar intencionadamente de promover la persecución de un delito que el funcionario deba perseguir, dictar a sabiendas una sentencia injusta, prolongar la privación de libertad de un detenido con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, etc.— y no queda determinada en el art. 419, habrá que estar al caso concreto para saber de qué bien jurídico se trata. No se puede hablar, por tanto, de un único bien jurídico principal protegido por el art. 419, sino de tantos como acciones y omisiones constitutivas de delito pueda realizar el funcionario público en el ejercicio de su cargo¹³⁹. La sustantividad material de las diferentes modalidades recogidas en el art. 419 queda, con ello, seriamente en entredicho¹⁴⁰, pues el bien jurídico principal protegido por este precepto depende de la concreta acción u omisión que el funcionario esté dispuesto a realizar a cambio de la dádiva. Es ésta ya razón más que suficiente para cuestionarse su sustantividad formal. Conviene, por ello, ahondar más todavía en la estructura típica de las distintas modalidades albergadas en el art. 419 del Código Penal.

Hasta el momento se ha constatado que las tres modalidades recogidas en este precepto son subtipos incongruentes por exceso subjetivo¹⁴¹, más concretamente, delitos mutilados de dos actos: el partícipe en el ejercicio de la función pública ejecuta la acción típica —*solicitar o recibir dádiva o presente o aceptar ofrecimiento o promesa*— con la intención de realizar en dicha participación una acción u omisión que constituya un delito. El bien jurídico protegido por cada uno de estos subtipos depende de la concreta acción u omisión que el solicitante, receptor o aceptador de la dádiva esté dispues-

¹³⁹ Véase MATA BARRANCO, N. J. De La, *El bien jurídico*, p. 136 y ss.

¹⁴⁰ Decía ya QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, p. 718, que «la subordinación del cohecho al acto es, pues, absoluta, y lo que da contenido a la responsabilidad es el lucro proveniente de otra persona, no el que por sí solo pudiera obtener el agente. De donde resulta que más que delito sustantivo, el cohecho parece forma de ejecución de otros delitos y aun de actos delictivos, sobre los que opera creando responsabilidades nuevas». Véanse también PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal...*, II, p. 329; y MATA BARRANCO, N. J. De La, *El bien jurídico*, pp. 136 y ss.

¹⁴¹ Véanse MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, p. 230; y MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública*, p. 229.

to a realizar a cambio de ésta. Así, por ejemplo, si el sujeto activo se ha comprometido a destruir un documento cuya custodia tiene encomendada por razón de su cargo, o a revelar un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio que no deba ser divulgado, el bien jurídico que en estos casos protegerá el art. 419 no es otro que el tutelado por el art. 413 y 417.1, respectivamente, con la peculiaridad de que dicha protección tiene lugar en estadios anteriores a su peligro concreto.

Después de recibir la dádiva, puede que el funcionario público se disponga, siguiendo con uno de los anteriores ejemplos, a destruir el documento que custodia y efectivamente lo destruya, pero esto ya no ha sido tenido en cuenta por el legislador en la configuración de los diferentes subtipos del art. 419¹⁴². El tipo objetivo queda completado en el momento en que el funcionario público solicita o recibe una dádiva, o acepta la promesa de su entrega futura, sin que sea necesario siquiera que comience a ejecutarse el delito contrapartida de la dádiva. Desde el punto de vista de este delito, las acciones típicas del art. 419 no alcanzan la fase de ejecución. Son variados los delitos que el funcionario público puede realizar en el ejercicio de su cargo a cambio de una dádiva, pero, en principio, la solicitud o recepción de ésta, o la aceptación de la promesa de su entrega futura, ni están comprendidas en el verbo con el que en ellos se designa la conducta típica ni están tan íntimamente unidas con ésta que pueda decirse según una contemplación natural que formen una unidad¹⁴³. *Dictar* una resolución (art. 404), *proponer*, *nombrar* o *dar* posesión para el ejercicio de un determinado cargo público (art. 405), *sustraer*, *destruir*, *inutilizar u ocultar* un documento (art. 413), *revelar* un secreto (art. 417) o *entrar* en un domicilio (art. 534.1.1º), por poner algunos ejemplos, no comprenden ninguna de las acciones descritas en el art. 419, ni puede decirse que éstas estén en tan íntima conexión con aquéllas (*dictar*, *nombrar*, *destruir*, etc.) que aparezcan para una concepción natural como parte integrante de las mismas. Por todo ello, respecto del delito contrapartida de la dádiva, no puede defen-

¹⁴² Sobre los cortes que hacen los tipos de lo injusto en la realidad social, véase CEREZO MIR, J., *Curso...*, III, p. 289.

¹⁴³ En la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos nos adherimos a la postura de CEREZO MIR, J., *Curso...*, III, pp. 189 y 190. Véase también de este autor, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, pp. 17-21.

derse que la estructura de los diferentes subtipos del art. 419 sea paralela a la de una tentativa, ni siquiera inacabada.

La solicitud de una dádiva, la recepción efectiva de ésta y la aceptación de la promesa de su entrega futura llevadas a cabo con la finalidad de realizar en el ejercicio del cargo una acción u omisión constitutiva de delito, sin ser, como hemos visto, actos ejecutivos de este último (contrapartida de la dádiva), constituyen manifestaciones externas de la voluntad delictiva del sujeto activo¹⁴⁴. Quien solicita una dádiva a una persona, le manifiesta su deseo de adquirirla, emite una declaración de voluntad dirigida a un tercero haciéndole ver su aspiración y disposición a recibirla. Su recepción efectiva, que presupone un ofrecimiento previo por parte de un tercero y un acuerdo entre éste y el funcionario, consiste en la incorporación de la dádiva a un patrimonio, en la posibilidad inmediata de disponer de la misma. Finalmente, con la aceptación de la promesa de entrega futura de una dádiva, el funcionario público expresa su voluntad favorable al ofrecimiento realizado por un tercero, que se materializará en el futuro con la entrega de la dádiva¹⁴⁵. Solicitud, recepción y aceptación han de llevarse a cabo, insistimos, con la intención de realizar una acción u omisión constitutiva de delito, son, por tanto, actuaciones externas encaminadas a la

¹⁴⁴ En la realización del delito contrapartida de la dádiva, en el *iter criminis*, estas conductas rebasan ya claramente la fase interna para adentrarse en la llamada fase externa; sobre el deslinde de ambas fases, véanse ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, pp. 435 y 436; CEREZO MIR, J., *Curso...*, III, pp. 177 y 178; ORTS BERENGUER, E., *Los actos preparatorios del delito*, pp. 484 y ss.; POLAINO NAVARRETE, M., *Comentarios...*, I, pp. 722 y ss.; COBO del ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, pp. 711 y ss.; e HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Curso*, pp. 431 y 432.

¹⁴⁵ En relación con estas conductas, véanse RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cobeco*, pp. 360 y 361; CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, p. 874; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cobeco*, pp. 75 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cobeco*, pp. 229 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cobeco*, pp. 174 y ss.; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, pp. 1691 y 1692; MORILLAS CUEVA, L., *Compendio*, p. 810; KUHLEN, L., *Vorteilsannahme und Bestechlichkeit*, pp. 433 y ss.; CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 331, nn. mm. 21-25 (pp. 2576 y 2577); WESSELS, J., *Strafrecht*, BT/1, n. m. 1064 (p. 226); TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 331, nn. mm. 17-20 (p. 1968); RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar*, § 331, nn. mm. 24-26 (pp. 28 y 29); y JESCHECK, H.-H., *Leipziger Kommentar*, § 331, nn. mm. 3-6 (pp. 483 y 484).

perpetración de un delito que no suponen todavía principio de ejecución del mismo. Si el funcionario público, en su ámbito interno, está dispuesto, a cambio de una dádiva, a realizar en el ejercicio de su cargo un determinado delito, y, superando aquel ámbito, *solicita o recibe dádiva o presente o acepta ofrecimiento o promesa* con ese fin, no hay duda de que con estas actuaciones se facilita su realización ulterior, se abre, se allana el camino a su posterior ejecución. Nos encontramos, en definitiva, ante actos que *preparan* la realización de la voluntad criminal¹⁴⁶.

De todo lo anterior se infiere que en el *iter* del delito contrapartida de la dádiva, las acciones de solicitar una dádiva, recibirla y aceptar la promesa de su entrega futura no son sino meros actos preparatorios. El legislador, a través del art. 419, les ha otorgado el estatuto dogmático de la tipicidad penal. Por decirlo de otra manera, ha elevado a la categoría de delito autónomo lo que desde un punto de vista valorativo son simples actos preparatorios. Las diferentes modalidades recogidas en el art. 419 del Código Penal son, en fin, «tipos de preparación»¹⁴⁷.

2.2.3. Análisis crítico

«Desde que surge la idea criminal en la mente del autor hasta que se produce el resultado», manifiesta ANTÓN ONECA, «hay un proceso conocido con los nombres de *iter criminis* o vida del delito. En él se distinguen una fase interna —en la mente del sujeto— y otra externa, que trasciende al mundo exterior. Dentro de la segunda debemos señalar varios mo-

¹⁴⁶ Sobre el papel de los actos preparatorios, véanse PACHECO, J. F., *El Código Penal...*, Tomo I, p. 92; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La punición de los actos preparatorios*, pp. 278 y 279; ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, p. 436; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, PG/2, § 39, n. m. 18 (p. 8); ORTS BERENGUER, E., *Los actos preparatorios del delito*, pp. 487 y 488; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, p. 213; COBO del ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, pp. 712-714; y POLAINO NAVARRETE, M., *Comentarios...*, I, pp. 953 y 954.

¹⁴⁷ Véanse GRACIA MARTÍN, L., *La infracción de deberes*, pp. 210-212; el mismo, *El «iter criminis»*, pp. 262 y ss.; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, p. 219; ORTS BERENGUER, E., *Los actos preparatorios del delito*, p. 488; GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, pp. 233-235; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, PG/2, § 39, nn. mm. 24-27 (p. 10); y JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 8. Abschn., n. m. 90, p. 308 (*Derecho Penal*, PG, p. 371).

mentos: preparación, ejecución, consumación»¹⁴⁸. La vida del delito, por tanto, se inicia con la tentación criminal y acaba con su consumación. La gravedad del momento que se analice está en una relación directamente proporcional con la cercanía del final de la vida del delito, de tal forma que la consumación del mismo es más grave que su preparación¹⁴⁹. Esto, como premisa, resulta incontrovertible.

En el epígrafe anterior, hemos llegado a la conclusión de que las modalidades albergadas en el art. 419 son, en relación con el delito contrapartida de la dádiva, meros actos preparatorios. El funcionario público que recibe una dádiva con la intención de dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo, nombrar para el ejercicio de un cargo público a una persona en la que no concurren los requisitos legalmente establecidos o dejar de promover, faltando a la obligación de su cargo, la persecución de un delito de que tenga noticia, *prepara*, con aquella actuación, la realización de una prevaricación del funcionario público (art. 404 del Código Penal), un delito de nombramientos ilegales (art. 405) o una omisión del deber de perseguir delitos (art. 408), respectivamente. No obstante ello, las penas previstas por el Código Penal para estos delitos –inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años en el caso de la prevaricación del funcionario público, multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años cuando se trata del delito de nombramientos ilegales, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años para la omisión del deber de perseguir delitos– son notablemente inferiores que la prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, recogidas en el art. 419 para cualquiera de las modalidades en él contenidas. Lo que objetivamente es más grave por suponer la consuma-

¹⁴⁸ ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, p. 435. Sobre la *vida del delito*, véase VALDÉS RUBIO, J. M., *Derecho Penal*, pp. 172 y ss.

¹⁴⁹ Expresa RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La punición de los actos preparatorios*, p. 296, que «un sistema punitivo asentado dogmáticamente sobre los principios de un Derecho Penal de acto, es lógico que atienda a la hora de apreciar valorativamente la gravedad de la conducta y, consecuentemente, en el momento de determinar la pena, a los criterios representados por los grados de la progresiva realización objetiva del hecho».

ción —dictar una resolución arbitraria, nombrar a una persona para el ejercicio de un cargo público sin reunir los requisitos legales necesarios u omitir la persecución de un delito— se castiga con una pena muy inferior que la que se contempla para conductas —solicitar o recibir dádiva o presente o aceptar ofrecimiento o promesa para— que valorativamente constituyen su preparación.

Considerado el art. 419 aisladamente, resulta difícil afirmar que la gravedad de la pena que en él se prevé — prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años —sea desproporcionada a la gravedad de lo injusto. La heterogeneidad insalvable entre delito y pena impide determinar, atendiendo exclusivamente a lo injusto específico de cada subtipo del art. 419, cuál es la pena exacta, y por tanto proporcionada, que corresponde a la gravedad de aquél¹⁵⁰. Es necesario, para poder hablar de proporcionalidad o ausencia de ésta, realizar un examen comparativo entre estos subtipos y otros delitos recogidos en el Código Penal¹⁵¹. Y tras este examen, desgraciadamente, como hemos podido comprobar más arriba, ya no resulta tan difícil afirmar una desproporción entre la gravedad de la pena y la gravedad de lo injusto. Si el legislador ha castigado más severamente las modalidades del art. 419 que la mayoría de los delitos que un funcionario público puede realizar en el ejercicio de su cargo como contraprestación a la dádiva solicitada, aceptada o recibida¹⁵², es porque considera aquéllas de mayor gravedad que éstos. Este proceder, sin embargo, no sólo supone contrariar la opinión unánime en la

¹⁵⁰ Según FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, p. 398, siguiendo a Bentham, «(...) la idea en apariencia elemental de la proporcionalidad de la pena al delito no ofrece, de por sí, ningún criterio objetivo de ponderación. Una vez dissociada la calidad de la primera de la calidad del segundo y reconocida la insalvable heterogeneidad entre una y otro, no existen en efecto criterios naturales, sino sólo criterios pragmáticos basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para establecer la calidad y la cantidad de la pena adecuada a cada delito». Véase también AGUADO CORRREA, T., *El principio de proporcionalidad*, p. 279.

¹⁵¹ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre (FJ 13).

¹⁵² Sirva como muestra que, salvo alguna modalidad de malversación, ningún otro delito de los recogidos en el Título XIX del Código Penal se castiga tan gravemente como las conductas del art. 419.

doctrina, que considera que la consumación de un delito es más grave que su preparación, sino entrar en contradicción manifiesta consigo mismo, pues también para el legislador los actos preparatorios de un delito son de menor gravedad que aquéllos que dan lugar a su consumación, razón por la cual los ha dejado impunes con carácter general, salvo, como sabemos, la conspiración, proposición y provocación para delinquir –castigadas en relación con determinados delitos, aunque siempre con menor pena que la consumación– y algunos actos preparatorios específicos que los ha elevado a la categoría de delito autónomo. Como indica AGUADO CORREA, «(...) aun cuando se afirme que es imposible medir la gravedad del injusto individualmente considerado, (...) si desde el punto de vista externo, dos delitos no son considerados de la misma gravedad, considerándose uno más grave que el otro, y se sancionan ambos con la misma pena o el que se considera más grave se sanciona con una pena menor, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad en sentido estricto»¹⁵³. Es lo que ocurre en el supuesto que nos ocupa. De la comparación del art. 419 (tipos de preparación) con los posibles delitos contrapartida de la dádiva (prevaricación de los funcionarios públicos, nombramientos ilegales, omisión del deber de perseguir delitos, prevaricación judicial, etc., respecto de los cuales, aquéllos no son sino actos preparatorios), se evidencia una intolerable desproporción entre la gravedad de la pena prevista en aquel precepto (prisión de dos a seis años, entre otras) y la gravedad de su injusto¹⁵⁴. Son tipos, los del art. 419, que vulneran abiertamente el principio de proporcionalidad, principio, por lo demás, al que la opinión dominante reconoce rango constitucional¹⁵⁵.

¹⁵³ AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, pp. 279 y 280.

¹⁵⁴ Desproporción que no puede justificarse con el argumento de que las modalidades del art. 419 también lesionan el bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público* (véase *supra*, epígrafe IV. 2.2.2.), pues la lesión de este bien jurídico lleva aparejada en el art. 426 una pena de multa de tres a seis meses, irrisoria si se compara con la diferencia existente entre las penas del art. 419 y las de los posibles delitos contrapartida de la dádiva.

¹⁵⁵ Otra cuestión es en qué precepto(s) constitucional(es) queda consagrado el principio de proporcionalidad, punto sobre el que existe una gran diversidad de opiniones; véase si no AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, pp. 120 y ss. Para esta autora (p. 134) «(...) el principio de proporcionalidad es un principio constitucional que cabe inferir de los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 CE. No se trata,

La vulneración del principio de proporcionalidad se produce asimismo desde otro punto de vista. Si, por ejemplo, se castiga de distinta forma al funcionario público que destruye a sabiendas un documento cuya custodia le está encomendada por razón de su cargo (prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, art. 413) que al funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, deja intencionadamente de promover la persecución de un delito de que tenga noticia (inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años, art. 408), debería preverse igualmente distinta pena para el funcionario que solicita o recibe dádiva o presente o acepta ofrecimiento o promesa para realizar un delito de infidelidad en la custodia de documentos, que para el funcionario que lleva a cabo la solicitud, recepción o aceptación para cometer una omisión del deber de perseguir delitos; la pena, sin embargo, es la misma, la del art. 419, para ambos casos. Lo que no muestra equivalencia en la consumación, no puede encontrar equiparación en la preparación.

Insistiendo en lo mismo. El legislador, en el art. 417 del Código Penal, recoge tres supuestos distintos para los que prevé asimismo penas diferentes. Cuando la autoridad o funcionario público revela secretos o informaciones de los que tiene conocimiento por razón de su oficio o cargo que no deban ser divulgados, se le castiga con la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Si de la revelación resulta grave daño para la causa pública o para tercero, la pena es más severa: prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a

como ocurre con el principio de legalidad, de un principio contemplado como un derecho fundamental, sino, tal y como ha expresado el Tribunal Constitucional, un principio reconocido implícitamente en tres preceptos constitucionales de gran relevancia como son aquel en el que se afirma que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho y propugna como valores superiores de su ordenamiento la justicia y la libertad (art. 1.1 CE); el artículo 9.3, en el cual se contempla el principio de prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos, y, finalmente, el principio de proporcionalidad se puede inferir de la dignidad de la persona proclamada en el artículo 10.1 CE». Véanse también las sentencias del Tribunal Constitucional 150/1991, de 4 de julio (FJ 4); y 55/1996, de 28 de marzo (FJ 3).

cinco años. Finalmente, si se trata de secretos de un particular, la pena que se impone es la de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Pues bien, esta disparidad penológica, que obedece a diferentes motivos que ahora no importan, debería mantenerse igualmente cuando se analiza un momento anterior al de la consumación de estos supuestos, esto es, cuando se trata de desvalorar la conducta de quien solicita o recibe una dádiva, o acepta una promesa, para llevar a cabo el primero, el segundo o el tercero de los tipos de violación de secretos examinados. Ya sabemos que esto no ocurre, que el art. 419 nivela punitivamente, no solo estos supuestos, sino otros muchos con un contenido de injusto distinto. Por ello decimos que el principio de proporcionalidad resulta malparado.

Luego de dejar constancia del poco respeto que el art. 419 tiene por el principio de proporcionalidad, y, en consecuencia, de las serias dudas de su adecuación a la Constitución española, es hora de cuestionar la necesidad de su propia existencia. Ya se ha dicho que el art. 419 no protege un único bien jurídico principal, sino tantos como acciones y omisiones constitutivas de delito pueda realizar un funcionario público en el ejercicio de su cargo a cambio de una dádiva, pues precisamente son los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro por ellas los que se pretende reforzar, adelantando su línea de protección, con la previsión de aquel precepto. De ahí que dudáramos de su sustantividad material¹⁵⁶. No vamos a entrar ahora a valorar los bienes jurídicos protegidos por la pluralidad de delitos que un funcionario público puede realizar en el ejercicio de su cargo a cambio de una dádiva, de si merecen o no protección penal. Partimos de que los bienes jurídicos tutelados por los delitos de prevaricación del funcionario público, nombramientos ilegales, omisión del deber de perseguir delitos, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos, prevaricación judicial, etc., delitos todos ellos que pueden ser contraprestación de la dádiva o promesa solicitada, recibida o aceptada por el funcionario, tienen entidad suficiente para que el Derecho les otorgue a través de los correspondientes preceptos donde se recogen protección penal. Se trata de ver, más bien, si el ataque que sufren tales bienes jurídicos a través

¹⁵⁶ Véase el epígrafe IV. 2.2.2.

de las conductas recogidas en el art. 419 es de bastante gravedad como para que lleven aparejada una amenaza penal. Nosotros creemos que no.

Antes de nada, hay que advertir, nuevamente, que el Código Penal de 1995 parte del principio de impunidad de los actos preparatorios. Se exceptúan la conspiración, proposición y provocación para delinquir, que, a diferencia del Código Penal anterior, sólo se castigan en los casos especialmente previstos en la Ley (artículos 17.3 y 18.2 del Código Penal)¹⁵⁷, y algunos actos preparatorios específicos elevados a la categoría de delito autónomo. A nuestro modo de ver, la impunidad, con carácter general, de los actos preparatorios obliga a que el castigo de los mismos en supuestos concretos descansen en razones de peso, que, a decir verdad, no encontramos en el caso que nos ocupa.

Si observamos los supuestos en los que se ha previsto el castigo de la conspiración, proposición y provocación para delinquir¹⁵⁸, advertiremos que se trata de actos preparatorios de delitos castigados, en su inmensa mayoría, con penas de prisión, que en la mayor parte de los casos son muy graves¹⁵⁹. Se adelantan las barreras de protección de bienes jurídicos de una relevancia considerable, que ocupan un lugar preeminente en la escala jerárquica de los mismos (vida humana independiente, integridad y salud

¹⁵⁷ Favorables a esta restricción en el castigo de la conspiración, proposición y provocación para delinquir, GROIZARD y GÓMEZ de la SERNA, A., *El Código Penal de 1870...*, Tomo I, pp. 116 y ss.; FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, p. 79, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La punición de los actos preparatorios*, pp. 287 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso...*, III, p. 180; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, pp. 218 y 219; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, p. 468; COBO del ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, pp. 720 y 721; HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Curso*, pp. 433 y 434; POLAINO NAVARRETE, M., *Comentarios...*, I, pp. 960 y ss.; y OLMEDO CARDENETE, M. D., *La inducción*, p. 795.

¹⁵⁸ Véanse los artículos 141, 151, 168, 269, 304, 373, 477, 488, 519, 548, 553, 579.1, 585 y 615.

¹⁵⁹ De diez a quince años (art. 138), de quince a veinte (art. 139), de veinte a veinticinco (art. 140), de seis a doce (art. 149), de cuatro a seis (art. 163.1), de seis a diez años (art. 164, inciso primero), de tres a nueve (art. 368, inciso primero), de quince a veinticinco (art. 473.1, inciso primero), de veinte a veinticinco (art. 485.1), de quince a veinte (art. 486.1), de diez a quince (art. 545.1, inciso segundo), de quince a veinte (art. 581), etc.

personales, libertad de la persona para abandonar el lugar donde se encuentra, existencia de un grupo nacional, racial, étnico o religioso, etc.). Por el contrario, muchos de los delitos que pueden ser contrapartida de una dádiva, esos respecto de los cuales la solicitud, la recepción o la aceptación de dádiva o promesa no es más que un acto preparatorio, no se castigan siquiera con pena de prisión, como por ejemplo la prevaricación del funcionario público (art. 404), nombramientos ilegales (art. 405), omisión del deber de perseguir delitos (art. 408), desobediencia (art. 410), denegación de auxilio (art. 412), la violación de secretos del art. 417.1, párrafo primero, algunos supuestos de prevaricación judicial (artículos 446. 2.º y 3.º, y 448) y los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (artículos 529 al 542). Si la consumación de estos delitos no merece una pena de prisión, es razonable dudar de que el Derecho Penal deba intervenir en estadios anteriores al principio de ejecución, donde el bien jurídico protegido ni siquiera se ha puesto en concreto peligro¹⁶⁰. Por algo no se castigan en relación con los mencionados delitos, determinados actos preparatorios especialmente peligrosos, como son la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir¹⁶¹.

Se nos puede objetar que los concretos actos preparatorios recogidos en el art. 419 del Código Penal gozan de especiales cualidades para facilitar la realización del correspondiente y posterior delito, motivando esta circunstancia la previsión expresa de aquéllos. No se nos escapa que existen mayores probabilidades de que el delito llegue a ejecutarse si media dinero

¹⁶⁰ Entre la variedad de delitos que pueden ser contrapartida de una dádiva, los hay de lesión y de peligro. Cuando la acción u omisión constitutiva de delito para cuya realización se solicita, recibe o acepta dádiva o promesa, supone un peligro abstracto para el bien jurídico (por ejemplo, según MIR PUIG, S., *Nombramientos ilegales*, p. 310, el delito de nombramientos ilegales es de peligro abstracto; igualmente opina MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública*, p. 109, del delito de desobediencia funcional), la anticipación de la protección penal a un momento anterior a su principio de ejecución, que es lo que ocurre en las modalidades recogidas en el art. 419, supone dar relevancia penal a un peligro abstracto del peligro abstracto. No se puede estar de acuerdo con esto y, al mismo tiempo, defender a capa y espada el carácter fragmentario del Derecho Penal.

¹⁶¹ Sobre la especial peligrosidad de estos actos preparatorios, véanse RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios...*, I, pp. 154 y 155; y MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, p. 340.

o cualquier otro bien con valor pecuniario, pero esto, por sí solo, no es razón suficiente para someter a pena tales actos preparatorios. Con las modalidades del art. 419 se adelanta la tutela de determinados bienes jurídicos –los protegidos por los delitos que pueden cometerse por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos– a estadios que ni siquiera son amparados respecto del bien jurídico más importante, la vida humana independiente. En efecto, la concurrencia de la circunstancia de precio, recompensa o promesa en la acción de *matar a otro* sirve, en nuestro Código Penal, para constituir el delito de asesinato¹⁶². *Matar a otro* lleva aparejada una pena de prisión de diez a quince años (art. 138); hacerlo por precio, recompensa o promesa, prisión de quince a veinte años (art. 139). Sin embargo, aun tratándose del bien jurídico más valioso, no se prevé un tipo, al estilo del art. 419, donde se castigue al que *solicite o reciba precio, o acepte promesa para matar a otro*, sino que es necesario para que el precio, recompensa o promesa tenga relevancia penal un principio de ejecución, esto es, que se comience a matar. Antes del inicio de la acción típica, la recepción de precio o la aceptación de promesa para matar a otro es, con carácter general¹⁶³, impune. Si para la protección del bien jurídico *vida humana independiente*, tutelado en el delito de asesinato, no ha sido necesario castigar la solicitud o recepción de precio o la aceptación de la promesa *con intención de matar*, con mayor razón habrá de defenderse la no necesidad de la intervención penal cuando se trata de bienes jurídicos de un rango, sin duda, inferior.

Somos conscientes de que este parecer, *prima facie*, puede resultar sorprendente, incluso atrevido, pero no hemos buscado la originalidad gratuita. A esta postura nos ha llevado, más bien, el respeto escrupuloso por uno de los principios sobre los que se asienta el Derecho Penal moder-

¹⁶² Véase GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios*, pp. 96 y 97.

¹⁶³ Puede ocurrir que quien ofrece el precio se reserve en la posterior ejecución de la muerte una conducta de participación. Tendremos entonces dos personas que se conciertan para la ejecución de un delito de asesinato y resuelven ejecutarlo, en el que el receptor del precio realizará los actos ejecutivos y el oferente actos de mera participación: se trataría, pues, de una conspiración para cometer un delito de asesinato, castigada en el art. 141 del Código Penal. Sobre el concepto de conspiración aquí seguido, véase CEREZO MIR, J., *Curso...*, III, pp. 180 y 181.

no: el principio de fragmentariedad¹⁶⁴. Se ha dicho del Derecho Penal que protege los bienes jurídicos más fundamentales, no frente a cualquier clase de atentados, sino solamente frente a los ataques más intolerables¹⁶⁵; que se limita sólo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes¹⁶⁶; que «ni ofrece protección a todos los bienes jurídicos, ni a aquéllos que se la ofrece lo es contra cualquier ataque, sino únicamente contra las modalidades de ataque más graves»¹⁶⁷. Pues bien, en estas páginas se ha tratado de que estas ideas, expresión del carácter fragmentario del Derecho Penal, encuentren plasmación en la Parte Especial del Código Penal, y no queden como meros enunciados carentes de valor práctico alguno. Y hemos llegado a la conclusión de que los ataques que sufren los bienes jurídicos protegidos por los diversos delitos que pueden ser contraprestación de una dádiva a través de las conductas reguladas en el art. 419 del Código Penal, no son lo suficientemente graves como para llevar aparejada una amenaza penal. Por ello, de *lege ferenda*, somos partidarios de su despenalización, de su exclusión del ámbito de las conductas punibles¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Manifiesta AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, p. 247, que el carácter fragmentario del Derecho penal «(...) constituye hoy en día una de las más importantes características de una legislación penal propia de un Estado de Derecho». Véanse también MAIWALD, M., *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, p. 22; MIR PUIG, S., *Introducción*, p. 126; el mismo, *Derecho Penal*, pp. 127 y 128; GARCÍA-PABLOS de MOLINA, A., *Sobre el principio de intervención mínima*, p. 257; el mismo, *Estudios penales*, pp. 122-124; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, Parte Generale, pp. 43-46; y PADOVANI, T., *Diritto Penale*, pp. 4 y 5.

¹⁶⁵ Véanse RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, p. 19; GARCÍA-PABLOS de MOLINA, A., *Sobre el principio de intervención mínima*, p. 257; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, p. 290; SÁINZ CANTERO, J. A., *Lecciones*, pp. 37 y 38; GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 55; e HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El Derecho penal y la genética*, p. 89.

¹⁶⁶ Así MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, p. 124; y LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso*, p. 83.

¹⁶⁷ OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, p. 359.

¹⁶⁸ Esta es la opción por la que se ha decantado el legislador de 1995 respecto de otros tipos específicos de comportamientos preparatorios castigados en el Código Penal anterior, como los recogidos en sus artículos 481 bis –construcción, acondicionamiento o disponibilidad de lugares para cometer el delito de detención– y 509 –tenencia de ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo–, duramente criticados por la doctrina; véanse, por lo que se refiere al art. 481 bis, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamen-*

En el Derecho histórico español, el *Fuero Juzgo*, el *Fuero Real* y las *Partidas* castigaban expresamente al juez que juzgaba torticeramente por precio o promesa¹⁶⁹. Si se parte de la regulación actual, en la que el cohecho es un delito independiente, se podría concluir que castigar en un precepto la acción de dictar una resolución injusta por precio o promesa supone confundir, mezclar el delito de prevaricación y el delito de cohecho. Pero si acudimos a los orígenes de nuestra regulación haciendo abstracción del tratamiento que en la actualidad se dispensa al cohecho, lejos de hablar de confusión, nos encontramos con una inestimable base en que apoyar nuestra postura, pues en el Derecho histórico español, al menos en los textos mencionados, se exigía que el juez juzgara torticeramente, por tanto que se consumara la prevaricación, para que el precio o promesa tuviera relevancia penal. Lo que hoy llamamos cohecho, carecía, pues, de entidad propia.

Posteriormente, en el Código Penal de 1848, prodigio de concisión por lo que se refiere al tratamiento del cohecho, si bien se le dedica a este delito un capítulo independiente (el XIII del Título VIII), sigue siendo necesario *cometer* alguno de los delitos recogidos en los capítulos precedentes de este título para que el delito de cohecho quedara consumado: el cohecho era, por tanto, una prevaricación, una infidelidad en la custodia de presos, una violación de secretos, una denegación de auxilio, etc., por precio o promesa, con la particularidad, eso sí, de que estaba previsto expresamente (art. 305). A partir de este Código, la evolución del delito de cohecho puede describirse gráficamente como la historia de una expansión desmesurada, que encuentra perfecto colofón en el Código Penal de 1995. Es hora, sin embargo, de desandar un camino, a nuestro modo de ver, equivocado. Incluso ir más allá que el Código Penal de 1848. Solicitar o recibir una dádiva, o aceptar una promesa, para realizar en el ejercicio del cargo un delito, debería quedar extramuros del Derecho Penal. Como estas conductas suponen la lesión del bien jurídico *honradez o integridad de la*

tales, p. 346; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de detención*, p. 250; MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos contra la libertad*, p. 64; y POLAINO NAVARRETE, M., *El delito de detención ilegal*, p. 228; y, por lo que respecta al art. 509, BAJO FERNÁNDEZ, M. y PÉREZ MANZANO, M., *Manual*, pp. 176 y 177; y GONZÁLEZ RUS, J. J., *Manual*, pp. 131 y 132.

¹⁶⁹ Véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos*, pp. 7 y ss.

condición de funcionario público, llevarían aparejada una sanción disciplinaria¹⁷⁰. Cuando el delito contrapartida de la dádiva se ejecute o haya un principio de ejecución del mismo, se aplicaría tal delito en grado de consumación o de tentativa, según el caso, con la agravante genérica de precio, recompensa o promesa¹⁷¹. La dádiva o promesa solicitada, recibida o aceptada servirá, por tanto, por un lado, para fundamentar la aplicación de un ilícito disciplinario —por haber lesionado el bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público*—, y, por otro, para agravar la pena del delito contrapartida de la dádiva —que ha podido consumarse o quedar en grado de tentativa— por ser la conducta más reproachable¹⁷².

2.3. Los artículos 420 y 421 del Código Penal

Con arreglo al art. 420, incurrirá en la pena de prisión de uno a dos años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa *para*¹⁷³ ejecutar

¹⁷⁰ Véase el epígrafe II.

¹⁷¹ Siempre, claro está, que el precio, la recompensa o la promesa haya motivado la realización del delito; de esta opinión, CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios...*, I, pp. 558 y 559; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *La circunstancia agravante de precio*, pp. 55 y 56; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, p. 135; CARBONELL MATEU, J. C., *Comentarios*, p. 236; MATA BARRANCO, N. J. De La, *Comentarios...*, II, pp. 946 y 947; y el mismo, *Relación concursal*, p. 342.

¹⁷² Entre los autores que consideran que esta circunstancia agravante determina una mayor gravedad de la culpabilidad, CERESO MIR, J., *Curso...*, III, p. 159; ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema*, p. 653; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *La circunstancia agravante de precio*, pp. 56 y ss.; MARTOS NÚÑEZ, J. A., *La circunstancia de precio*, pp. 459 y 460; y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal español*, pp. 743 y 744.

¹⁷³ En realidad, el art. 420 del Código Penal no utiliza la preposición *para*, sino *por* («...por ejecutar...»). No obstante, este precepto castiga al funcionario público que realiza la acción típica *por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute*, distinguiendo estos supuestos de los casos en que el acto contrapartida de la dádiva no llega a ejecutarse, de donde se deduce, para ambas modalidades, que la realización de la acción típica es anterior a la conducta contrapartida de la dádiva. La preposición *por* en este precepto expresa una finalidad, un objetivo, por lo que habría sido más conveniente que el legislador de 1995 la hubiera sustituido por la preposición *para*, tal y como hizo en el art. 419 en relación

un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito. Si llegara a ejecutar tal acto, la pena que se impone es la de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva.

Por su parte, el art. 421 previene que cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

2.3.1. Relación con la modalidad de recogida

El art. 420, inciso segundo, del Código Penal castiga con igual pena –prisión de uno a dos años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva– tres modalidades distintas: la solicitud de una dádiva, la aceptación de la promesa de su entrega futura y su recepción efectiva, realizadas todas ellas para ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio del cargo del funcionario que no constituya delito. El art. 421, a su vez, sanciona con idéntica pena –multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años– las tres modalidades referidas cuando el funcionario público las lleva a cabo con la finalidad de abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo. Ambas disposiciones contienen sendos tipos mixtos alternativos.

A diferencia de lo que ocurre en estos preceptos, en el art. 420, inciso primero, el tipo objetivo no queda completado hasta que el funcionario público no ejecuta el acto injusto relativo al ejercicio de su cargo no

con el art. 385 del Código Penal anterior. Realizan esta misma exégesis, OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *Derecho Penal, Poderes públicos y negocios*, p. 877; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 209-211; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, pp. 1706 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, Parte especial, pp. 965 y 966; MORILLAS CUEVA, L., *Compendio*, pp. 811 y 812; y QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal español*, 4.ª edición, pp. 802 y 803.

constitutivo de delito para cuya realización, precisamente, ha solicitado o recibido una dádiva, o ha aceptado la promesa de su entrega futura. Se trata, por tanto, de un tipo de dos actos¹⁷⁴: por un lado, la solicitud de una dádiva, la aceptación de la promesa de su entrega futura o la recepción efectiva de la misma, y por otro, la ejecución de un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio del cargo del funcionario. El primero de los actos necesario para conformar el tipo objetivo puede ser, como se ha visto, la solicitud de una dádiva, la aceptación de la promesa de su entrega futura o su recepción efectiva. Entre ellos existe una relación alternativa: basta con uno de estos actos unido a la ejecución de un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio del cargo del funcionario para que se realice el tipo del art. 420, inciso primero, del Código Penal. A su vez, la realización de más de uno de aquellos actos – solicitar, recibir y aceptar– junto al acto injusto relativo al ejercicio del cargo no constitutivo de delito, no rompe la unidad delictiva. Así, por ejemplo, al funcionario público que solicite una dádiva y más tarde la obtenga para ejecutar un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio de su cargo, acto que posteriormente realiza, se le aplicará un único delito de cohecho del art. 420, inciso primero, del Código Penal. Nos encontramos, asimismo, ante un tipo mixto alternativo.

2.3.1.1. *Por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito*

En el art. 420 del Código Penal, la contrapartida de la dádiva es la ejecución de un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio del cargo de la autoridad o funcionario público. El acto injusto, según la propia dicción legal, no ha de ser constitutivo de delito, entendido este término, al igual que se hacía en el art. 419, en un sentido estricto¹⁷⁵. Ha de suponer el acto injusto, en nuestra opinión, la infracción de una norma de determinación, concretamente de una prohibición. Excluidos los delitos

¹⁷⁴ Sobre esta clase de tipos, véanse JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pp. 265 y 266 (*Tratado*, p. 239); ROXIN, C., *Strafrecht*, § 10, n. m. 126, pp. 282 y 283 (*Derecho Penal*, § 10, n. m. 126, p. 337); MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, pp. 229 y 230; y LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso*, pp. 310 y 311.

¹⁷⁵ Véase el epígrafe IV. 2.2.

en su sentido más estricto, tal infracción puede constituir una falta penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico¹⁷⁶⁻¹⁷⁷.

El acto injusto no constitutivo de delito debe ser, además, relativo al ejercicio del cargo del funcionario. Esta locución —*relativo al ejercicio del cargo*— debe interpretarse de igual forma que la expresión *en el ejercicio de su cargo* del art. 419: ha de consistir, por tanto, en una acción que pertenezca a la clase de actos —o esté en estrecha relación con los cometidos concretos— que el funcionario como partícipe en el ejercicio de la función pública tiene encomendados¹⁷⁸. De esta manera, comete un delito de cohecho del art. 420 del Código Penal, por ejemplo, el Juez o Magistrado que recibe una dádiva para revelar hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función¹⁷⁹ o para corregir, sin actuar en el ejercicio de la jurisdicción, la aplica-

¹⁷⁶ Véanse CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, pp. 180 y 184; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, p. 284; y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., *Cobeco*, p. 260. Expresamente en contra, la sentencia de 19 de diciembre de 2000 (R. J. A. 10190): «En un sistema democrático representativo, no hay espacio posible para la corrupción que supone la compra de los votos de los representantes elegidos en función de un ideario o programa previo ofrecido con lealtad y compromiso a los electores, por lo que la acción que ha llevado a cabo el recurrente será, en todo caso, injusta aun cuando no constituya una infracción tipificada que conlleve sanción».

¹⁷⁷ Las sentencias que condenen por este delito deberían referirse expresamente a la concreta disposición donde se recoge la correspondiente falta penal o ilícito que constituye la conducta contrapartida de la dádiva. No es ésta, sin embargo, la práctica habitual del Tribunal Supremo: véanse las sentencias de 28 de octubre de 1972 (R. J. A. 4485), 27 de marzo de 1973 (R. J. A. 1417), 30 de mayo de 1973 (R. J. A. 2478), 8 de febrero de 1982 (R. J. A. 634), 29 de noviembre de 1985 (R. J. A. 5503), 24 de mayo de 1989 (R. J. A. 4252), 1 de junio de 1990 (R. J. A. 4966), 29 de diciembre de 1993 (R. J. A. 9814), 9 de marzo de 1994 (R. J. A. 1832), 8 de octubre de 1994 (R. J. A. 7877), 18 de enero de 1995 (R. J. A. 145), 30 de mayo de 1995 (R. J. A. 4506), 21 de diciembre de 1999 (R. J. A. 9436) y 28 de marzo de 2001 (R. J. A. 751).

¹⁷⁸ Véase el epígrafe IV. 2.2.1. Realizan también una interpretación restringida de esta locución, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1954 (R. J. A. 485), 17 de marzo de 1958 (R. J. A. 822), 22 de diciembre de 1959 (R. J. A. 4796), 29 de octubre de 1992 (R. J. A. 8609) y 28 de marzo de 1994 (R. J. A. 2604).

¹⁷⁹ Art. 418 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: «Son faltas graves: (...) 8. Revelar el juez o magistrado y fuera de los cauces de información judicial establecidos, hechos o datos de los que conozcan en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta cuando no constituya la falta muy grave del apartado 12 del artículo 417 de esta ley».

ción o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por un inferior en el orden jurisdiccional¹⁸⁰, o el funcionario público que tras aceptar la promesa de entrega futura de una dádiva para emitir un informe manifiestamente ilegal, lo emite causando un perjuicio a la Administración o a los ciudadanos¹⁸¹.

Así las cosas, el funcionario público que admite una dádiva ofrecida para que ejecute un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo no constitutivo de delito, admite una dádiva ofrecida *en consideración a su función*¹⁸². Por ello, cuando los subtipos del art. 420 realizados por la autoridad o funcionario público sean la aceptación de la promesa de entrega futura de una dádiva o su recepción efectiva —y esto, tanto si se ejecuta (primer inciso) como si no (segundo inciso) el acto injusto no constitutivo de delito contrapartida de la dádiva—, se comete también necesariamente el art. 426, inciso primero, del Código Penal. Entre éste y los subtipos del art. 420 referidos existe una relación de concurso de leyes que se resolverá por el principio de especialidad a favor de estos últimos¹⁸³. Si la acción típica realizada es la de solicitar una dádiva, al no recogerse esta modalidad en el art. 426, inciso primero, tan sólo se cometerá uno de los subtipos del art. 420 del Código Penal.

2.3.1.2. *Se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo*

La contrapartida de la dádiva en el art. 421 del Código Penal es la abstención de un acto que el funcionario público debe practicar en el ejercicio de su cargo. La abstención a la que el funcionario se compromete

¹⁸⁰ Art. 418 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: «Son faltas graves: (...) 4. Corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción».

¹⁸¹ Art. 7.1 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero: «Son faltas graves: (...) b) La emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan falta muy grave». Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1973 (R. J. A. 2478).

¹⁸² Sobre esta expresión, véase el epígrafe II. de este trabajo.

¹⁸³ Véase el epígrafe IV. 2.2.1.

a cambio de una dádiva no es cualquier omisión, sino, como expresa el precepto, la de un acto que debe practicar en el ejercicio de su cargo: se trata de la no ejecución de un acto que el funcionario público debe realizar por razón de las concretas funciones públicas que desempeña¹⁸⁴. Como ocurre en el art. 420 con el *acto injusto*, tal omisión ha de suponer, a nuestro parecer, la infracción de una norma de determinación, pero en este caso de un mandato. La abstención contrapartida de la dádiva constituye, pues, un ilícito penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico¹⁸⁵⁻¹⁸⁶. En este sentido, comete un delito de cohecho del art. 421 del Código Penal, el Juez o Magistrado que solicita una dádiva para dejar de promover la exigencia de responsabilidad disciplinaria de un auxiliar subordinado que ha incurrido en un incumplimiento grave de los deberes que le corresponden¹⁸⁷, o para no asistir de manera injustificada a los actos procesales con audiencia pública que estuvieren señalados¹⁸⁸; o el miembro del Jurado que

¹⁸⁴ Véase nuevamente el epígrafe IV. 2.2.1. Una interpretación restringida puede verse también en VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, pp. 220-223; CRESPO BARQUERO, P., *Código Penal*, p. 2352; y en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1985 (R. J. A. 2152), 4 de octubre de 1988 (R. J. A. 7658) y 19 de mayo de 1989 (R. J. A. 4228).

¹⁸⁵ En el art. 421, sin embargo, el ilícito penal contraprestación de la dádiva no se reduce a las faltas, pues su dicción no excluye expresamente los delitos, como sí hace el art. 420. Por ello, cuando el funcionario público solicite o reciba una dádiva, o acepte la promesa de su entrega futura, para realizar en el ejercicio de su cargo una omisión constitutiva de delito, comete, además del cohecho del art. 419, el del art. 421, aunque es aquél de preferente aplicación por ser ley especial.

¹⁸⁶ Creemos también necesario en relación con el art. 421 que las sentencias condenatorias expresen el concreto precepto donde se recoge el correspondiente ilícito contraprestación de la dádiva, práctica, por lo demás, que no observa habitualmente el Tribunal Supremo; véanse las sentencias de 16 de mayo de 1984 (R. J. A. 2615), 4 de octubre de 1988 (R. J. A. 7658), 4 de diciembre de 1990 (R. J. A. 9413), 15 de febrero de 1991 (R. J. A. 1074), 15 de octubre de 1994 (R. J. A. 7924), 16 de diciembre de 1994 (R. J. A. 10157), 12 de febrero de 1997 (R. J. A. 1362) y 5 de diciembre de 1997 (R. J. A. 8810).

¹⁸⁷ Art. 418 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: «Son faltas graves: (...) 7. Dejar de promover la exigencia de responsabilidad disciplinaria que proceda a los secretarios y personal auxiliar subordinado, cuando conocieren o debieren conocer el incumplimiento grave por los mismos de los deberes que les corresponden».

¹⁸⁸ Art. 418 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: «Son faltas graves: (...) 10. El incumplimiento injustificado y reiterado del horario de audiencia pública y la inasistencia injustificada a los actos procesales con audiencia pública que estuvieren señalados, cuando no constituya falta muy grave».

recibe una dádiva para abstenerse de votar sobre los hechos sometidos a su consideración, sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado por cada hecho delictivo imputado, o acerca de la eventual suspensión de la ejecución de la pena o la petición de indulto cuando tal votación ha sido recabada por el Magistrado-Presidente¹⁸⁹.

En el estudio de la modalidad de recogida (art. 426, inciso primero) se decía que la expresión *en consideración a su función* acoge los casos en los que se admite una dádiva o regalo que ha sido ofrecido por la realización, pasada o futura, de una concreta conducta, lícita o ilícita, relativa a la función pública que desempeña el funcionario. Abarca, por tanto, tal expresión los supuestos en que la contrapartida de la dádiva es la abstención de un acto que el funcionario público debe practicar en el ejercicio de su cargo. Por ello, cuando el funcionario público, con el objeto de llevar a cabo esta abstención, recibe una dádiva o acepta la promesa de su entrega futura, realiza, además del delito del art. 421, el del art. 426, inciso primero, del Código Penal. Entre este precepto y los subtipos del art. 421 consistentes en la aceptación de la promesa de la entrega futura de una dádiva o en su recepción efectiva, existe una relación de concurso de leyes que se resolverá, una vez más, por el principio de especialidad a favor de estos últimos.

2.3.2. Estructura típica

En el análisis típico de las diferentes modalidades recogidas en los artículos 420 y 421 del Código Penal conviene distinguir aquellas que necesitan de un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo (artículos 420, inciso segundo, y 421), de las que ven conformado su tipo subjetivo con la sola presencia de este último (art. 420, inciso primero).

¹⁸⁹ Art. 58.2 de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado: «Ninguno de los jurados podrá abstenerse de votar. Si alguno insistiere en abstenerse, después de requerido por el portavoz, se hará constar en acta y, en su momento, será sancionado por el Magistrado-Presidente con 75.000 pesetas de multa. Si, hecha la constancia y reiterado el requerimiento, persistiera la negativa de voto, se dejará nueva constancia en acta de la que se deducirá el testimonio correspondiente para exacción de la derivada responsabilidad penal». Véase al respecto LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La responsabilidad penal*, pp. 85-88.

2.3.2.1. Artículos 420, inciso segundo, y 421 del Código Penal

En ambos preceptos, el elemento intelectual del dolo del autor comprende su condición de funcionario público, la conexión causal existente entre la dádiva solicitada u ofrecida y el ejercicio de la función pública en el que participa, y la acción típica, es decir, la solicitud de una dádiva, la aceptación de la promesa de su entrega futura o su recepción efectiva. No obstante, como ya se ha advertido, el tipo subjetivo de las diferentes modalidades de los artículos 420, inciso segundo, y 421 precisa, además del dolo, la concurrencia de otro elemento subjetivo.

La acción típica que acabamos de reseñar debe realizarse por la autoridad o funcionario público *para ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito* (artículo 420, inciso segundo) o *para abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo* (art. 421). Si bien no es necesaria la realización efectiva de la contrapartida de la dádiva para que quede completado el tipo objetivo, el sujeto activo ha de solicitar o recibir la dádiva, o aceptar la promesa de su entrega futura, con la finalidad de ejecutar un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio de su cargo o de abstenerse de un acto que debe practicar en el ejercicio de su cargo. Dicha finalidad es, precisamente, lo que determina el elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo.

Como puede comprobarse, la estructura típica de estos supuestos coincide con la de los diferentes subtipos del art. 419 del Código Penal¹⁹⁰. Tenemos, por un lado, la solicitud de una dádiva, su recepción efectiva o la aceptación de la promesa de su entrega futura, actos que forman parte del tipo objetivo y deben ser por ello comprendidos por el dolo, y por otro, la realización de un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio del cargo o la abstención de un acto que debe practicarse en el ejercicio del cargo, conductas estas que quedan extramuros del tipo objetivo pero deben ser abarcadas por el elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo. En definitiva, la consumación del delito requiere la realización de cualquiera de aquellos actos —*solicitud, recepción o aceptación* de una dádiva— con la finalidad de llevar a cabo el mencionado acto injusto (artículo 420, inciso

¹⁹⁰ Véase el epígrafe IV. 2.2.2.

segundo) o la referida abstención (art. 421). Puede hablarse, también aquí, de delitos mutilados de dos actos¹⁹¹.

La realización por la autoridad o funcionario público de cualquiera de las acciones típicas descritas en los delitos en estudio, con conocimiento de la existencia de una conexión causal entre la dádiva solicitada u ofrecida y el ejercicio de la función pública en el que participa –saber que, como ya se ha dicho, integra el dolo–, esto es, siendo consciente de que la dádiva tiene su razón de ser en el hecho de que participa en el ejercicio de la función pública, lesiona ya la honradez o integridad de la condición de funcionario público¹⁹², más concretamente y así abarcar a los sujetos recogidos en el art. 422 del Código Penal, la honradez o integridad de la condición de partícipe en el ejercicio de funciones públicas. No es éste, sin embargo, el bien jurídico principal protegido por los artículos 420, inciso segundo, y 421 del Código Penal. Así parece inferirse, al menos, de su estructura típica.

Las acciones típicas, que lesionan ya el bien jurídico señalado, están ordenadas a la ejecución de un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio del cargo o a la abstención de un acto que debe practicarse en el ejercicio del cargo, conductas estas que ponen en peligro o lesionan otro bien jurídico. No olvidemos que el acto injusto del art. 420 y la abstención del art. 421, contraprestaciones de la dádiva, constituyen una falta penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico¹⁹³⁻¹⁹⁴. Con estos preceptos se trata de evitar principalmente que el funcionario, a cambio de una dádiva, realice en el ejercicio de su cargo una conducta antijurídica –acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio de su

¹⁹¹ Véase MATA BARRANCO, N. J. De La, *La respuesta*, p. 114.

¹⁹² Véase el estudio de la modalidad de recogida, epígrafe II.

¹⁹³ La abstención del art. 421 abarca también, como se ha dicho *supra*, los delitos en sentido estricto.

¹⁹⁴ Como afirma CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, p. 54, «desde el núcleo central del Derecho Penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del todo. La mayor parte de las veces es la lejanía del sector vital respectivo la que induce a creer a los juristas que lo injusto de una falta determinada es puramente formal».

cargo o la abstención de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo— que conllevaría la lesión o el peligro de un bien jurídico. Por eso se adelanta la protección de éste a un momento anterior al principio de ejecución del correspondiente ilícito, se refuerza su tutela estableciendo la consumación formal del delito antes que la producción de su lesión (delito mutilado de dos actos)¹⁹⁵. El bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público*, que se protege de forma exclusiva en otros tipos de cohecho (modalidad de recogida, por ejemplo), cumple aquí un papel instrumental, auxiliar respecto de los bienes jurídicos protegidos por aquellas faltas penales y demás ilícitos de otras ramas del Derecho que pueden erigirse en contraprestación de una dádiva. El elemento subjetivo de lo injusto de los artículos 420, inciso segundo, y 421, reflejado en las expresiones *por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito*, por lo que al primero se refiere, y *tenga por objeto que (...) se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo*, por lo que respecta al segundo, define la voluntad del sujeto activo dirigida a la realización de una conducta, activa¹⁹⁶ u omisiva¹⁹⁷, constitutiva de falta penal o ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico que lesiona o pone en peligro un determinado bien jurídico. El objeto de tutela principalmente protegido por los preceptos en estudio dependerá, por tanto, de la concreta acción u omisión ilícita que el funcionario esté dispuesto a realizar a cambio de la dádiva.

Al igual que ocurre en el art. 419 del Código Penal, el tipo objetivo de las diferentes modalidades de los artículos 420, inciso segundo, y 421 se completa cuando el funcionario público solicita o recibe una dádiva, o acepta la promesa de su entrega futura, sin que sea necesario siquiera que comience a ejecutarse el ilícito contrapartida de la dádiva. Si atendemos a éste, las acciones típicas de los preceptos que estudiamos no alcanzan la fase de ejecución. Ahora bien, sí constituyen actuaciones externas encami-

¹⁹⁵ Véanse WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, p. 188; COBO del ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, p. 435; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 266; JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 6. Abschn., n. m. 93, p. 176; POLITOFF, S., *Los elementos subjetivos del tipo legal*, pp. 107 y 108; y GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, pp. 128, 233 y 234.

¹⁹⁶ En el caso del art. 420, inciso segundo.

¹⁹⁷ En el caso del art. 421.

nadas a la perpetración de una falta penal o de un ilícito perteneciente a otro sector del ordenamiento jurídico, suponen actos que preparan la realización de la conducta antijurídica¹⁹⁸. En relación, pues, con el ilícito contrapartida de la dádiva, las acciones de solicitar una dádiva, recibirla y aceptar la promesa de su entrega futura son meros actos preparatorios elevados a la categoría de delito autónomo, con la peculiaridad de que aquél, nos referimos al ilícito contrapartida de la dádiva, constituye una falta penal o, incluso, un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico.

2.3.2.2. *Artículo 420, inciso primero, del Código Penal*

Incorre en una pena de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, *y lo ejecute*¹⁹⁹.

El tipo objetivo de este delito no se perfecciona con la sola solicitud de una dádiva, su recepción o la aceptación de la promesa de su entrega futura. Es necesaria, además, la ejecución del acto injusto relativo al ejercicio de su cargo no constitutivo de delito contrapartida de la dádiva²⁰⁰. Tanto aquéllas –solicitud, recepción y aceptación– como ésta –la ejecución del correspondiente acto injusto contrapartida de la dádiva– deben estar, por tanto, abarcadas por el dolo. La *finalidad* de ejecutar un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio del cargo perseguida por el funcionario público en el delito recogido en el inciso segundo de este mismo precepto, se hace realidad en la figura que nos ocupa. Supone ésta, gráficamente, la culminación de los objetivos ya puestos de manifiesto por el autor en la modalidad del art. 420, inciso segundo. De

¹⁹⁸ Véase al respecto la argumentación ofrecida en el epígrafe IV. 2.2.2.

¹⁹⁹ Este precepto ha sido especialmente criticado por parte de la doctrina; véanse BACIGALUPO ZAPATER, E., *Sobre la reforma*, p. 1100; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 204, nota 96, y 231-233; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios*, p. 1709; y OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pp. 292 y 293.

²⁰⁰ Véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Tratamiento penal*, p. 345.

esta forma, ya no nos encontramos, como en esta última figura, ante actos preparatorios elevados a la categoría de delito autónomo. El sujeto activo se adentra en la fase ejecutiva del correspondiente ilícito contrapartida de la dádiva alcanzando su consumación. Puede decirse, por tanto, que estamos ante la realización por precio de una falta penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico relativo al ejercicio del cargo del funcionario público.

2.3.3. Análisis crítico

También al art. 419 del Código Penal dedicamos un epígrafe de idéntico rubro al que ahora desarrollamos²⁰¹. No es ésta, sin embargo, la única identidad entre aquél y éste. Muchas de las objeciones que allí se formularon al contenido de tal precepto sirven asimismo en relación con los artículos 420 y 421. Se trata ahora, pues, de insistir en alguna de ellas. El resto, las damos por reproducidas.

Los artículos 420 y 421 del Código Penal protegen la honradez o integridad de la condición de funcionario público. No es este bien jurídico, sin embargo, como se ha indicado, el objeto principalmente tutelado por estos preceptos. Dependerá éste de la concreta acción u omisión ilícita a cuya realización se compromete el funcionario público a cambio de una dádiva.

En el caso de los artículos 420, inciso segundo, y 421, la protección del bien jurídico principal, que se lesiona o pone en peligro con la realización de la acción u omisión contraprestación de la dádiva, se adelanta a un momento anterior al principio de ejecución de éstas. Coincide por tanto el bien jurídico protegido por el correspondiente ilícito contrapartida de la dádiva –que, insistimos, puede ser una falta penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico– y por los preceptos señalados, con la particularidad de que en éstos resulta reforzada su tutela al castigar conductas que ni siquiera lo ponen en peligro concreto. Pues bien, si somos partidarios de la despenalización de las conductas reguladas en el art. 419 del Código Penal por no considerar suficientemente graves los ataques que a través de ellas sufren los bienes jurídicos protegidos por los delitos que pueden ser

²⁰¹ Epígrafe IV. 2.2.3.

contraprestación de una dádiva, idéntica opinión habrá de defenderse, y con mayor razón, cuando, como en el caso de los artículos 420, inciso segundo, y 421, la contrapartida de la dádiva no es un delito sino una falta penal. No digamos ya cuando se trata de un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico. En este caso, resulta paradójico que comportamientos que lesionan (o ponen en peligro) un determinado bien jurídico constituyan un ilícito no penal, precisamente por no tener aquél la suficiente entidad como para merecer la protección de nuestra disciplina o no ser ésta necesaria, y por otra parte se amenacen con pena conductas que ni siquiera suponen un principio de ejecución de tal ilícito, conductas que en relación con éste constituyen meros actos preparatorios. La despenalización de las modalidades reguladas en los artículos 420, inciso segundo, y 421, resulta, a nuestro modo de ver, inexcusable²⁰².

Igual suerte deberían correr las recogidas en el inciso primero del art. 420 del Código Penal. Aquí, es necesaria ya para la consumación del delito la realización del acto injusto no constitutivo de delito contrapartida de la dádiva. Por eso se ha dicho en el epígrafe anterior que en realidad nos encontramos ante la realización por precio de una falta penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico relativos una y otro al ejercicio del cargo del funcionario, castigados, añadimos ahora, de una manera desproporcionada: prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva. La lesión del bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público* que se produce con la solicitud de una dádiva, su recepción o la aceptación de la promesa de su entrega futura con conocimiento de la existencia de una conexión causal entre la dádiva solicitada u ofrecida y el ejercicio de la función pública en el que se participa, no justifica que una falta penal o un ilícito perteneciente a otra rama del Derecho adquiriera la categoría de delito. Bastaría, en nuestra opinión, con aplicar la correspondiente falta penal o el ilícito perteneciente a otro sector del ordenamiento jurídico, que ha supuesto la contraprestación de la dádiva, más el ilícito disciplinario que debería constituir la lesión del bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público*²⁰³.

²⁰² Véase MATA BARRANCO, N. J. De La, *El bien jurídico*, pp. 139 y 140.

²⁰³ Véase el epígrafe II.

BIBLIOGRAFÍA CITADA*

AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1999.

ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*. Estudio General, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1981.

ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2ª edición, anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Ed. Akal/Iure, Madrid, 1986.

ARDIZZONE, S., *La proposta di semplificazione in tema di corruzione ed i rischi di erosione della concezione del diritto penale del fatto*, «Rivista trimestrale di Diritto penale dell' economia», anno VIII, n. 1, gennaio-marzo, Cedam, 1995.

ASUA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria*, en Delitos contra la Administración Pública, Edición al cuidado de Adela Asua Batarrita, IVAP, Bilbao, 1997.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, «Documentación Jurídica», Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, volumen 2, Enero/Diciembre, 37/40, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, 1983.

— *Principios de Derecho Penal*, Parte General, 4ª edición, Ed. Akal/Iure, Madrid, 1997.

BAJO FERNÁNDEZ, M. y PÉREZ MANZANO, M., *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, (Delitos patrimoniales y económicos), 2ª edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

BETTIOL, Giuseppe y PETTOELLO MANTOVANI, L., *Diritto Penale*, Parte Generale, 12.ª edizione, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1986.

* La parte del título de la obra que aparece subrayada es la que se corresponde con la cita que se hace de la misma en las notas a pie de página.

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, Ed. P.P.U., Barcelona, 1987.

- *Manual de Derecho Penal*, Parte especial, 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ed. Ariel, Barcelona, 1991.
- *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 4ª edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Ed. P.P.U., Barcelona, 1994.

CARBONELL MATEU, J. C. (en Vives Antón y otros), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen I (Arts. 1 a 233), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CARDENAL MONTRAVETA, S., *Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho*, Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2001, «Revista de Derecho penal y Criminología», 2ª época, número 10, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid, 2002.

CASAS BARQUERO, E., *Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español*, «Documentación jurídica», número 19, julio-septiembre, Madrid, 1978.

- *Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas*, en Estudios penales, Libro homenaje al Profesor J. Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho por actos propios del cargo del art. 425.1 del Código Penal: problemas de distinción con otras figuras*, «Actualidad Penal», número 2, 2002.

CEREZO MIR, J., *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964.

- *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General I, Introducción, 6ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2004.
- *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General II, Teoría jurídica del delito, 6ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

- *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General III, Teoría jurídica del delito/2, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.

COBO del ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

- *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Apropiaciones indebidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

CONTENTO, G., *La riforma «minima» della concussione e della corruzione*, «Rivista trimestrale di Diritto penale dell' economia», anno VIII, n. 2-3, aprile-settembre, Cedam, 1995.

CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CÓRDOBA RODA, J. (en Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (Artículos 1-22), Ed. Ariel, Barcelona, 1972.

CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, en Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.

CRAMER (en Schönke/Schröder), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001.

CRESPO BARQUERO, *Código Penal*, Comentarios y jurisprudencia (Adaptado al euro), Tomo II, Arts. 138 a 639, Ed. Comares, Granada, 2002.

CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Tomo II (Parte Especial), volumen I, 14ª edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1982.

CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal español*, Parte General, Nociones introductorias, Teoría del delito, 3ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.

CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, Ed. P.P.U., Barcelona, 1991.

- *El delito de cohecho*, en Delitos contra la Administración Pública, Edición al cuidado de Adela Asua Batarrita, IVAP, Bilbao, 1997.
- *Cohecho*, «Enciclopedia penal básica», Director Diego-Manuel Luzón Peña, Ed. Comares, Granada, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista*, «Jueces para la Democracia», número 30, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (en Díez Ripollés y Gracia Martín), *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Ed. Comares, Granada, 2004.

FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas*, «La Ley», 3/1997, D-76.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B. (en Rodríguez Mourullo y otros), *Comentarios al Código Penal*, 1ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Teoría del garantismo penal, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Murcia, 1946.

- *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Madrid, 1956.

FIANDACA, G. y MUSCO, E., *Diritto penale*, Parte speciale, volume I, Ed. Zanichelli, Bologna, 1988.

- *Diritto penale*, Parte Generale, Seconda edizione, Ed. Zanichelli, Bologna, 1989.

FORTI, G., *Unicità o ripetibilità della corruzione sistemica? Il ruolo della sanzione penale in una prevenzione «sostenibile» dei crimini politico-amministrativi*, «Rivista trimestrale di Diritto penale dell' economia», anno X, n. 4, ottobre-diciembre, Cedam, 1997.

FRISTER, H., *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

FROSALI, R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1971.

GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*», *material y concurso de leyes penales*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995.

GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

GARCÍA-PABLOS de MOLINA, A., *Estudios penales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984.

- *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del «Ius Puniendi»*, en Estudios penales y jurídicos, Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, Córdoba, 1996.

GARCÍA PÉREZ, O., *Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Tomo XLVI, Fascículo II, 1993.

GARRIDO, V., STANGELAND, P. y REDONDO, S., *Principios de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co., Hamburg, 1961.

GIL GIL, A., *Derecho Penal internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

- *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Ed. Comares, Granada, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1966.

- *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

- *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

GONZÁLEZ RUS, J. J., *Manual de Derecho Penal*, (Parte Especial), II. Delitos contra la propiedad, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992.

GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal I (Teoría General)*, Prentice Hall de España, Madrid, 1985.

- *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1990.
- *El «iter criminis» en el Código Penal español de 1995*, en *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, «Cuadernos de Derecho Judicial», Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Idemsa, Lima-Perú, 2005.

GRACIA MARTÍN, L. (en Díez Ripollés y otros), *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial, I, Títulos I a VI y faltas correspondientes, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GRISPIGNI, F., *Derecho penal italiano*, volumen I-2, Las normas penales sintéticamente consideradas, Traducido de la 2ª edición original italiana y anotado con legislación y doctrina de los países latinoamericanos por Isidoro De Benedetti, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949.

GROIZARD y GÓMEZ de la SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo I, Burgos, 1870.

- *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo IV, Salamanca, 1891.

HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

HEGLER, A., *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, en *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, Festgabe für Reinhard von Frank, Band I, Scientia Verlag Aalen, Tübingen, 1930.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 1996.

HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Curso de Derecho penal militar español*, I. Parte General, Ed. Bosch, Barcelona, 1990.

– *El Derecho Penal y la genética*, Ed. Trivium, Madrid, 1995.

HONIG, R., *Straflose Vor- und Nachtat*, Reimpresión de la publicación de Leipzig de 1927, Scientia Verlag Aalen, 1978.

HUERTA TOCILDO, S., *Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios*, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje al Profesor doctor don José Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

JAKOBS, G., *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991 (conjuntamente, en su caso, se cita su *Derecho Penal*, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, traducción de la 2ª edición por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995).

JESCHECK, H-H.; WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996 (conjuntamente, en su caso, se cita su *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, traducción de la 4ª edición por José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993).

JESCHECK, H-H., Comentario a los párrafos 331-335, «*Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*», 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1997.

KLUG, U., *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, «*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*», 1956.

KUHLEN, L., *Zu den Tatbandlungen bei Vorteilsannahme und Bestechlichkeit*, «*Neue Zeitschrift für Strafrecht*», 1988.

LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., *Manual de Derecho penal*. Parte especial III, Ed. Akal/Iure, Madrid, 1992.

LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal*, Parte General, I, Ed. Universitas, Madrid, 1996.

LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La responsabilidad penal del miembro del Jurado*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998.

MAIWALD, M., *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, en *Festschrift für Reinhart Maurach*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972.

MANES, V., *Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración pública*, Traducción de Herminio Ramón Padilla Alba, «Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología», número 2, 2000.

MANTOVANI, F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1966.

MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Notas para un estudio doctrinal y jurisprudencial, Universidad de Granada, Granada, 1988.

MARRA, G., *Il delitto di corruzione tra modernità (empirica) e tradizione (dogmatica): problemi interpretativi o prospettive di riforma*, «Rivista trimestrale di Diritto penale dell' economia», anno XI, n. 4, ottobre-dicembre, Cedam, 1998.

MARTÍNEZ PÉREZ, C., *La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa*, «Cuadernos de Política Criminal», número 19, Madrid, 1983.

MARTOS NÚÑEZ, J. A., *La circunstancia de precio, recompensa o promesa en el sistema penal español*, «Revista de Derecho penal y Criminología», número 2, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid, 1992.

MATA BARRANCO, N. J. De La (en Cobo del Rosal y otros), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Artículos 19 a 23, Edersa, Madrid, 1999.

MATA BARRANCO, N. J. De La, *Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación*, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Volumen II, Dirigido por Luis A. Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

- *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Ed. Comares, Granada, 2004.
- *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, «Revista de Derecho Penal y Criminología», 2ª época, número 17, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid, 2006.

MAURACH, R.; GÖSSEL, K. H.; ZIPF, H., *Derecho penal*, Parte General 2, Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.

MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, Nueva edición, revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.

MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982.

- *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi*, «Estudios Penales y Criminológicos», número XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991.
- *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*, en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995, «Cuadernos de Derecho Judicial», Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, XXX, Madrid, 1996.
- *Derecho Penal*, Parte General, 7ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2004.

MIRRI, M. B., *Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa*, «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», Milano, 1980.

MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3ª edición, Ed. Aranzadi-A Thomson Company, Cizur Menor (Navarra), 2002.

MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias* (Comentarios a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo), «Revista de Derecho Público», Comentarios a la Legislación Penal, Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Miguel Bajo Fernández, Tomo XVI, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.

MORILLAS CUEVA, L. (en Cobo del Rosal y otros), *Compendio de Derecho penal español*, Parte especial, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, 2ª edición, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2001.

- *Derecho penal, Parte especial*, 14ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, Parte General, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de detención*, Ed. Trotta, Madrid, 1992.
- NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Ed. Colex, Madrid, 2001.
- OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1981.
- *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Tomo XLIII, Fascículo I, enero-abril, 1990.
- *Derecho penal, Poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cobecho)*, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Ed. Comares, Granada, 1999.
- *Un ejemplo de norma jeroglífica: el artículo 329 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) –Algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre consumación, tentativa, autoría, participación y pena referidas al art. 329 CP (y figuras afines)–*, «Revista de Derecho y Proceso Penal», número 3, 2000.
- OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal*, Parte General, Teoría Jurídica del Delito, 2ª edición, Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1986.
- OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cobecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- OLMEDO CARDENETE, M. D., *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999.
- ORTEGO COSTALES, J., *Teoría de la parte especial del Derecho Penal*, Ed. Dykinson, Salamanca, 1988.
- ORTS BERENGUER, E., *Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito*, «Cuadernos de Política Criminal», número 18, Madrid, 1982.
- ORTS BERENGUER, E. (en Cobo del Rosal y otros), *Derecho Penal*, Parte Especial, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.

ORTS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I. (en Vives Antón y otros), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen II (Art. 234 a Disposiciones Finales), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

ORTS BERENGUER, E. (en Vives Antón y otros), *Derecho Penal*, Parte Especial, 3ª edición revisada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, 5ª edición, Tomo I, Madrid, 1881.

PADOVANI, T., *Diritto Penale*, 3ª edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1995.

PAGLIARO, A., *La lotta contro la corruzione e la recente esperienza italiana «mani pulite»*, «Rivista trimestrale di Diritto penale dell' economia», anno X, n. 4, ottobre-dicembre, Cedam, 1997.

PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

POLAINO NAVARRETE, M., *Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1972.

– *El delito de detención ilegal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1982.

POLAINO NAVARRETE, M. (en Cobo del Rosal y otros), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Artículos 1 a 18, Edersa, Madrid, 1999.

POLITOFF, S., *Los elementos subjetivos del tipo legal*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1965.

PORTILLA CONTRERAS, G., *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, «Cuadernos de Política Criminal», número 39, Madrid, 1989.

PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales, Concurso aparente de leyes punitivas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1955.

– *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo II, 7ª edición actualizada con la colaboración de Gregorio Ortiz Ricol, 1988.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, Parte especial, 4ª edición, Ed. Atelier, Barcelona, 2002.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal*, Tomo II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

– *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Enrique Gimbernat Ordeig, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Ed. Cymys, Barcelona, 1974.

- *La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal*, «Revista de Administración Pública», número 126, 1991.

RAMPIONI, R., *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P. A.*, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, Milano, 1984.

RIVERA HERNÁNDEZ, J. M^a, Los delitos de cohecho, tráfico de influencias, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de la función, «Revista Aragonesa de Administración Pública», número 11, 1997.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cobecho*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», Tomo IV, Ed. Seix, Barcelona, 1952.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, Parte general, 18^a edición, Ed. Dykinson, Madrid, 1995.

- *Derecho penal español, Parte especial*, 18^a edición, Ed. Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La punición de los actos preparatorios*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Tomo XXI, Fascículo II, 1968.

- *El autor mediato en Derecho penal español*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Tomo XXII, Fascículo III, 1969.

- *Derecho Penal*, Parte General, 1^a edición, Ed. Civitas, Madrid, 1977.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (en Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (Artículos 1-22), Ed. Ariel, Barcelona, 1972.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (en Rodríguez Mourullo y otros) *Comentarios al Código Penal*, 1^a edición, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Posible inconstitucionalidad del art. 483 del Código Penal*, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristáin, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989.

- *Transfuguismo retribuido y cohecho*, «Actualidad Penal», número 22, 1994.

ROMEO CASABONA, C. M., *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Tomo XXXIV, Fascículos II y III, 1981.

ROXIN, C., *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1997 (conjuntamente, en su caso, se cita su *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la Teoría del delito, Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997).

RUDOLPHI, H. J., Comentario a los párrafos 331 y ss., en «*Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*», 2, Besonderer Teil (§§ 223-358), Luchterhand, 5. Auflage, 1997.

SÁINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 3ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1990.

SÁNCHEZ-TEJERINA, I., *Derecho Penal español*, Tomo II, Parte especial, 5.ª edición, Madrid, 1950.

SANTORO, A., *Manuale di diritto penale*, I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1958.

SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de publicaciones, Universidad de Valladolid, 1986.

SCHROEDER, F.-C., *Der Täter hinter der Täter*, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.

SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal*, Parte Especial, 7ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.

SILVA FORNÉ, D., *Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador*, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje al Profesor doctor don José Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.

- ¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código Penal, «La Ley», 3/1997, D-132.

STRATENWERTH, G., *Strafrecht*, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000.

TORÍO LÓPEZ, A., *Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Tomo XLII, Fascículo II, 1989.

TRÖNDLE, H.; FISCHER, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 50. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001.

VALDÉS RUBIO, J. M., *Derecho Penal*, Su Filosofía, Historia, Legislación y Jurisprudencia, Tomo I, 4ª edición, Madrid, 1909.

VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1995.

VIVES ANTÓN, T. S., *Introducción: Estado de Derecho y Derecho Penal*, «Revista de Derecho Público», Comentarios a la Legislación Penal, Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Miguel Bajo Fernández, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Ed. Comares, Granada, 2003.

- *Tratamiento penal del transfuguismo político retribuido* (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2000), «Revista de Derecho penal y Criminología», 2ª época, número 14, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid, 2004.

WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. Auflage, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969.

WESSELS, J., *Strafrecht*, Besonderer Teil/1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 18. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994.

ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, III, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1981.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho Penal*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA
Universidad de Antofagasta, Chile

I. ORIGEN Y DECURSO DE LA MALVERSACIÓN EN CHILE

Las disposiciones contenidas en el párrafo V, título V, del libro II del Código penal chileno son en lo medular de origen español, aunque es de ver que su factura en el vástago americano muestra, sobreañadidas a la fuente y fruto de la minerva de la Comisión que lo redactó, innovaciones de cierta importancia. Aprobados en general durante la sesión 49ª con ligeras diferencias respecto del modelo de 1848-50, del que se tomó, también, el epígrafe que los nombra, estos artículos fueron revisados en tres ulteriores, la 153ª, 154ª y 171ª¹. En la 153ª, «el señor Ibáñez hizo notar la falta de una disposición que haga recaer la presunción de culpabilidad sobre los empleados que tienen a su cargo caudales públicos, pues siendo ellos obligados a conservarlos, es natural que toda falta se haya producido a lo menos por su culpa», y «para salvar de alguna manera este vacío», los comisionados resolvieron agregar el actual artículo 234, «tomado del Código español». Tal Código «no era otro que el de 1870, que ya en esa fecha había entrado en vigencia en la Península y que, en su artículo 406, consagraba una disposición casi idéntica»², es decir, el peculado culposo, cuya sobria fórmula —«prudente y justísima disposición», la llama Fuen-

¹ *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno*. Edición crítica con motivo de su centenario. Preparada bajo la dirección y con un Estudio preliminar del Profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Edeval, Valparaíso, 1974, cfr. pp. 343-345, 520-523 y 555-556.

² Bunster Briceño, *La malversación de caudales públicos*. Estudio de doctrina y jurisprudencia. Universidad de Chile, Santiago, 1948, pp. 95 y 96.

salida³— satisfizo enteramente a la Comisión Redactora e impidió que se perpetrara en el texto el descalabro anunciado en la propuesta de Ibáñez. En la misma oportunidad se suprimió del que hoy es el artículo 238 la referencia que hacía el 322 del texto español a los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados, como posibles sujetos activos de estos delitos, «porque respecto de ellos, no puede decirse que hai abusos de funciones públicas, sino fraudes comunes que se penan en otro título posterior». Y en perfecto *pendant* con la idea anterior aparece la novedad de mayor envergadura, durante la sesión 154^a, cuando Alejandro Reyes observó que en su artículo relativo al peculado faltaba en el Proyecto toda mención de los fondos de particulares puestos en la caja pública dirigida por el funcionario «sea por vía de depósito, consignación, etc.», y sostuvo que tanto los caudales públicos como los de individuos privados «deben tener la misma garantía e imponer igual responsabilidad al que los ha recibido en desempeño del puesto público que ejerce». Esto iba más allá de las posibilidades del Código español y se aproximaba a la *malversazione* italiana, ya prefigurada en el viejo Código de Nápoles, probable fuente de la cláusula que de tal guisa se introdujo a nuestro artículo 233 y que resulta esencial, como veremos, para entender la naturaleza jurídica de este círculo de infracciones.

Por otra parte, sólo los artículos 233 y 238 han recibido reformas, casi siempre espoléadas por el endémico proceso de devaluación de la moneda nacional, que no puede menos que repercutir en el trasnochado y desdichadísimo talante de graduar en el Código las puniciones de aquellos delitos que surten efectos patrimoniales según el importe económico de lo que en ellos se hurte, defraude o, como en este caso, malverse. Se trata de las Leyes números 13.303, de 31 de marzo de 1959, que interesa sobre todo por haber agregado un inciso segundo al artículo 238, es decir, la disposición común a todas las especies de malversación cuando el valor de lo malversado excediere de cierta suma; 17.437, de 9 de junio de 1971, que al efecto de expresar el valor económico de lo substraído reemplazó en los artículos 233 y 238 la referencia a la moneda de curso legal a la sazón, o sea, el escudo, por sueldos vitales, y 19.450, de 18 de marzo de 1996, y 19.501, de 15 de mayo de 1997, que substituyen esa unidad económica por la

³ *Concordancias y comentarios del Código Penal chileno*. 3 vols. Lima, 1883, t. II, p. 222.

hodierna, unidades tributarias mensuales, y añadieron como copulativa a las penas de presidio señaladas en el artículo 233, la de multa.

II. NOCIÓN, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE ESTOS DELITOS

1. Noción

Por más que la riqueza de figuras delictivas que el Código amadriga bajo esta rúbrica dificulte sobremanera la reconstrucción de un concepto que las sintetice según sus comunes rasgos fundamentales —que los hay⁴—, y aun considerando «la imposibilidad absoluta de establecer esa noción sin encontrar contradictores»⁵, creemos que la tarea es factible no bien se tiene en cuenta que el substantivo castellano malversación (del latín *male versari*: invertir mal), así como las correspondientes voces en italiano (*malversazione*), francés (*malversation*) y portugués (*malversação*), denota siempre, más allá de las formas concretas que estos delitos puedan adoptar en los textos punitivos, la inversión ilícita, esto es, el empleo indebido, a través de actos de apropiación o alteración, de bienes públicos o equiparados a ellos, por parte de quien los tiene a su cargo en virtud de una específica función también pública. Malversar es, en consecuencia, la «*male gesta administratio* en todas sus especies»⁶.

2. Fundamento

El incuestionable trasfondo patrimonial de la malversación de caudales públicos⁷ no debe, empero, mover a error sobre el por qué de su regulación autónoma en el concierto de las figuras delictuosas. Pues, en

⁴ De otra opinión, Bunster Briceño, op. cit., cfr. págs. 17-20, y Etcheberry Orthusteguy, *Derecho penal*. 4 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3ª ed., revisada y actualizada, 1998 (según la cubierta, 1997), tomo IV, cfr. p. 236.

⁵ Carrara, *Programa de Derecho criminal*. 10 vols. Traducción de J. Ortega Torres y J. Guerrero. Temis, Bogotá, 4ª ed., t. VII, 1982, p. 10.

⁶ Pessina, *Elementi di diritto penale*. 3 vols. Napoli, t. III, 1885, p. 57, seguido en esto por Vincenzo Scordamaglia, *Malversazione a danno dei privati*, en la *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè, Milano, t. XXV, 1975, cfr. pp. (272 y ss.) 273.

⁷ «*Altrimenti non si capisce più nulla*», dice con énfasis Vassalli, en *Delitto di peculato e illecito amministrativo* (Atti del convegno documentazione). Milano, 1957, pp. (86 y ss.) 86.

efecto, si aquí estuviésemos frente a simples atentados contra bienes de dominio estatal y de diversos entes públicos menores, quedaría sin una adecuada explicación el que sus penas sobrepasen con largueza las de los comunes delitos de carácter patrimonial (en particular, la apropiación indebida y el hurto), visto que en una organización política y jurídica liberal, como la que rige la comunidad chilena, no hay motivo alguno para conceder una tutela acentuada a la Hacienda pública respecto de la que se otorga al patrimonio de cualquier particular⁸. De modo que si la propiedad de los bienes que forman el conjunto del erario aparece ya suficientemente protegida merced a las disposiciones del título IX, libro II, entonces el fundamento de la malversación yace en una consideración distinta, a saber, la exigencia de establecer, mediante la pena, una garantía redoblada a que la gestión e inversión de los recursos económicos con que cuenta el aparato público en su conjunto para satisfacer las funciones de interés colectivo que le comete el ordenamiento, discurra por los cauces que éste predetermina y no sufra ataques desde el interior de la Administración, o sea, por quienes precisamente son los llamados a invertirlos o los tienen a su cargo; lo cual, por lo demás, viene a coincidir con esa noción general que trazamos *supra*, en el sentido de que estos tipos «reconocen, como nota común, que la acción punible en cualquiera de ellos se puede caracterizar como un *manejo anormal* de esos bienes por parte de quien está encargado de hacerles cumplir la finalidad a la que administrativamente están destinados»⁹. El Estado, que no tiene ojos ni manos, actúa a través de sus órganos, que son también sus instrumentos, o lo que es igual, sus funcionarios, y en la gestión de sus medios económicos ha de depositar obligadamente confianza en las personas que designa para tal propósito, confianza de la que abusa el malversador, que tuerce la voluntad estatal y supedita el manejo de dichos bienes a propósitos ajenos a los que quiere el Derecho; de donde se sigue que esta familia de infracciones pueda y deba recibir un tratamiento diferente del que tienen los derechos patrimoniales del ciudadano privado, así como del que se acuerda a los intereses pecuniarios del propio Estado

⁸ Semejante, Quintano Ripollés, *Compendio de Derecho Penal*. 2 vols. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, t. II (Parte especial), 1958, cfr. p. 185. Otra cosa sucedió y ocurre aún en los regímenes totalitarios.

⁹ Creus, *Delitos contra la Administración pública*. Comentario de los artículos 237 a 281 del Código penal. Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 312. El subrayado nos pertenece.

cuando quiera que la agresión provenga desde fuera de su seno –caso en el que versa, también, el funcionario que, por carecer de la competencia requerida, obre como un mero particular–.

3. Naturaleza

Estrechamente enlazada con el problema anterior, es ésta tal vez la cuestión más batallona de cuantas ofrece el tema, y de su solución dependen cruciales extremos interpretativos. Entre las doctrinas más acreditadas sobre el particular –todas, determinadas por la técnica que aplica cada Código para regularlo– ni siquiera reina un consenso en torno a la índole mono o pluriofensiva de estos delitos, y en las que se inclinan por una afectación plural hay discrepancias acerca de cuál objeto jurídico figura como el prevaleciente, da el tono a la tutela y justifica la acuñación de los delitos en palabra.

Aquí se perfilan tres tendencias. La primera, entiende que la malversación no es más que un ataque contra intereses patrimoniales ajenos, sin importar que pertenezcan al Estado o a particulares, que se agrava por la especial condición del sujeto activo, un funcionario que tiene o recibe los objetos correspondientes por razón de su oficio; dicho de otra manera, «un delito contra la propiedad cualificado por el abuso de confianza estatal»¹⁰, lo que, con referencia a los de peculado y *residuus*, implica que éstos, en el fondo, son sólo apropiaciones indebidas perpetradas por un servidor público¹¹ y, por ende, se inscriben en el marco de los delitos especiales impropios. A lo que antes dirigimos en contra de esta postura hay que añadir que incluso en Alemania, cuyo Código reguló en tales términos, hasta 1975, lo que en ese país se llama *Amtsunterschlagung*¹², la opinión predominante postulaba que ni la orden del superior jerárquico ni el hecho de que el inferior tuviese deudas que compensar con el derechohabiente –el fisco o

¹⁰ Quintano Ripollés, *Comentarios al Código Penal*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª ed., 1966, p. 722.

¹¹ Así, Antolisei, *Manuale di diritto penale*. Parte speciale. 2 vols. 9ª ed., al cuidado de L. Conti, Giuffrè, Milano, t. II, 1986, cfr. pp. 766 y 767.

¹² «Que presupone, tanto en sentido objetivo como subjetivo, la apropiación indebida común». Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. Mohr, Tübingen, 16ª ed., 1925, p. 723.

un particular— podían anular el signo antijurídico del acto, ya por la falta de competencia del superior para autorizar la malversación cometida por el subordinado¹³, ya porque la compensación de deudas resulta inconciliable con la tenencia oficial de los fondos¹⁴, todo lo cual no se condice ciertamente con la aseverada índole patrimonial de la infracción.

En las antípodas se sitúan quienes, sin desechar del todo el acervo público del objeto de la tutela, dan preferencia, como contenido esencial de estos ilícitos, al quebrantamiento de los deberes inherentes a ciertas funciones oficiales y que hacen a la regularidad y probidad con que los obligados han de mantener y, en su caso, gestionar los recursos puestos a su cargo¹⁵, temperamento que cuenta a su favor las diferencias estructurales que efectivamente existen entre la malversación y los que se dice serían los respectivos delitos comunes, mas la entrega en brazos de la cuestionada doctrina de los delitos «de infracción de deber»¹⁶ y, de suyo, la degrada a una mera irregularidad administrativa desconectada de sus efectos sobre el

¹³ Werner, en Ebermayer, Lobe, y Rosenberg, *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*. 2 vols., Walter de Gruyter & Co., Berlin, t. II, 8ª ed., 1957, cfr. p. 712.

¹⁴ Cfr. Binding, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. 2 vols. Keip, Goldbach, 2ª ed., t. I, 1997 (reimpresión facsimilar de la ed. en Leipzig, 1902-1905), pp. 279-280, y Welzel, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. Walter de Gruyter & Co., Berlin, 11ª ed., 1969, p. 555.

¹⁵ Se adscriben a esta postura, en Chile, Vera, *Código Penal de la República de Chile, Comentado por...* Imprenta de P. Cadot y Cia., Santiago de Chile, 1883, cfr. p. 424; Labatut Glena, *Derecho Penal*. 2 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. II, 7ª ed., actualizada por Julio Zenteno Vargas, cfr. p. 78, y Matus Acuña y Ramírez Guzmán, *Lecciones de Derecho Penal chileno*. Parte especial. Editorial Universidad de Talca, Talca, 2ª ed., 2002, cfr. p. 208; de la jurisprudencia, véase el fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 11 de abril de 1980, publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXVII, 1, pp. 57-58. En España la adoptan los monografistas Rodrigo Fabio Suárez Montes, *El delito de malversación de caudales públicos*, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Reus, Madrid, t. LII, 1966, cfr. pp. (831 y ss.) 867, y Fernando Díaz Palos, *Malversación de caudales públicos*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Seix, Barcelona, t. XV, 1981, cfr. pp. (816 y ss.) 818.

¹⁶ Cuyo sentido antijurídico radica, según sus autores, no tanto en la actuación realizada por el sujeto cualificado, sino en que éste infringe un deber peculiar, oriundo de otras ramas del Derecho, que lo colocaría en «una especial relación con el contenido de injusto del hecho». Roxin, *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*. Traducción de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo. Pons, Madrid, 2000, p. 387.

erario (y aun de todo bien jurídico), en flagrante contradicción con las disposiciones del Código, que a menudo gradúa las penas al tenor del monto de lo malversado; esto, sin mengua de que semejante posición, cifrada unilateralmente en la calidad del autor, convertiría todas las formas de malversación en delitos especiales propios, lo cual, según comprobaremos en su hora, no es exacto *de iure condito*.

Una variante de esta segunda teoría procura eludir el reparo y, con la mira de asentar el bien jurídico, según una visión asimismo monista, en bases jurídico-constitucionales, apela a la «buena marcha y la imparcialidad de la Administración en sus actuaciones pecuniarias»¹⁷, la «confianza pública en la pureza del desempeño del cargo»¹⁸ o «la confianza de la comunidad en la ejecución, adecuada al Estado de Derecho, del servicio público»¹⁹. Pero de este modo, o bien se compone un fácil juego de palabras —la buena marcha y la confianza en la objetividad de la Administración dependen, en definitiva, de que los funcionarios cumplan las obligaciones que les conciernen—, o se infunde vida a un cadáver, la teoría de Filangieri y Carrara, según los cuales peculado y malversaciones en general ofenden la fe pública (siendo claro que la confianza generalizada que merecen ciertos objetos, signos y documentos por el respaldo y la garantía que les confiere el Estado, no puede acoplarse ni mentarse de personas o cargos).

Por último, están los que sostienen que estos delitos vulneran los intereses económicos de la Administración, sea directamente, sea en la regularidad con que deben ser administrados²⁰, punto de vista al que prestamos nuestra conformidad, siquiera con el matiz de que la tutela de los medios económicos del Estado sólo cobra relevancia, en el sentido de estos tipos, frente a la infidelidad de individuos que, en lugar de cuidar de

¹⁷ Pagliaro, *Principi di diritto penale*. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione. Giuffrè, Milano, 8ª ed., 1998, p. 36.

¹⁸ Maurach, *Deutsches Strafrecht*. Besonderer Teil. Müller, Karlsruhe, 4ª ed., 1964, p. 698.

¹⁹ Schmidhäuser, *Strafrecht*. Besonderer Teil. Mohr, Tübingen, 2ª ed., 1983, p. 259.

²⁰ Cfr. Bunster Briceño, op. cit., pp. 11-16, y Rodríguez Collao y Ossandón Widow, *Delitos contra la función pública*. El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, pp. 372-373. En España, Serrano Gómez, *Derecho penal*. Parte especial. 6ª ed., con la colaboración de A. Serrano Maíllo. Dykinson, Madrid, 2001, p. 784.

los intereses de aquél, se aprovechan de la investidura o posición privilegiada que ostentan para torcer, como dijimos, la voluntad estatal relativa a su administración. Y esta característica pluriofensiva, que asocia al ataque contra la Hacienda una lesión contra «el correcto desenvolvimiento de la función pública»²¹, persiste en esa variedad impropia de malversar que incide en bienes de particulares confiados al agente —pues sigue en liza la regularidad en el desarrollo de las actividades patrimoniales del Estado—, sólo que invertida, toda vez que el interés patrimonial cede aquí la primera plaza al requerimiento de garantizar a la colectividad que la Administración guardará celosamente esos bienes. De ahí que en ella, tal como acontece en la malversación propiamente dicha, el consentimiento del interesado carezca de efecto desincriminante y que el particular «jamás podrá asumir el papel de sujeto pasivo, sino sólo el de simple perjudicado»²².

En lo que sigue extraeremos las restantes consecuencias dogmáticas de esta última concepción en lo que concierne al carácter preciso de la ofensa —si de lesión o peligro— en cada uno de estos delitos, a la procedencia de las causas generales de justificación, al *iter criminis*, a la codelincuencia, etc.

III. ESPECIES DE MALVERSACIÓN, SU OBJETO JURÍDICO Y CARÁCTER DE LA TUTELA; LOS SUJETOS PASIVO Y ACTIVO

1. Especies

Organizar las distintas especies de malversación conforme a un sistema determinado es un extremo sumamente espinoso, porque sobre ello gravita la historia de estos delitos en el marco de la tradición romanista²³,

²¹ Dicción de la Corte Suprema en su sentencia de 13 de mayo de 1999, publicada en *Fallos del mes*, número 486, p. 761. De una «vulneración suplementaria de bienes jurídicos» habla Friedrich Nowakowski, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*. Verlag Styria, Graz-Wien-Köln, 1955, cfr. p. 175.

²² Fiandaca y Musco, *Diritto Penale*. Parte speciale. Publicados, 2 vols. Zanichelli, Bologna, t. I, 1988, p. 147.

²³ Véanse, por todos, Carmignani, *Elementos de Derecho criminal*. Traducción de Antonio Forero Otero y Jorge Guerrero. Temis, Bogotá, 1979, pp. 494-495; Carrara, op., vol. et ed. cit., pp. 9-10, y Díaz Palos, en *loc. cit.*, pp. 816-817.

particularmente en España y los países influidos por el viejo Código ibérico, hasta el punto de que en la doctrina nacional, con la única excepción de Raimundo del Río²⁴, se ha renunciado del todo a este afán²⁵.

Otra cosa ocurre en España. Suárez Montes discierne tres modalidades (conductas de apropiación, de distracción y de retención), luego inseridas por Díaz Palos dentro del esquema bimembre, muy romano, de malversación propia (la que recae sobre caudales o efectos del Estado) y malversaciones impropias (las perpetradas sobre otros caudales o efectos públicos, o de particulares a ellos asimilados)²⁶. En lo que sigue nos serviremos de este útil bosquejo, siquiera al interior de las especies tradicionalmente reconocidas, esto es, el peculado (artículos 233 y 234), la distracción de fondos (art. 235), la aplicación pública diferente (art. 236) y la denegación de pago o entrega (art. 237).

2. Objeto jurídico y carácter de la tutela

La malversación de caudales ofende la Administración pública, entendida como el complejo de las actividades funcionales del aparato estatal, es decir, «como sinónimo de la entera actividad del Estado»²⁷, por lo que puede verificarse en cualquiera de sus poderes, órganos y reparticiones.

Pero de esta suerte apenas se caracteriza su objeto jurídico genérico, que comparte con otros muchos de la familia —*u. gr.*, nombramientos ilegales—

²⁴ Quien distingue, *more* itálico, entre una malversación propiamente dicha y el peculado. Cfr. *Derecho Penal*. 3 vols. Editorial Nascimento, Santiago de Chile, t. III, 1935, p. 186.

²⁵ Por ejemplo, Labatut Glens, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 78, habla de cinco modalidades, de decreciente gravedad, destacando que las «formas secundarias», o sea, el delito de denegación de pago o entrega, «no constituyen verdaderas malversaciones»; Bunster Briceño, op. cit., cfr. pp. 17-20, hace otro tanto, por estimar que los artículos 233-238 no responden a un mismo esquema rector, y Matus Acuña y Ramírez Guzmán separan del peculado y la distracción de fondos, la aplicación pública diferente y la negativa a pagar o entregar, ya que éstas afectarían a un bien jurídico distinto del de aquéllos.

²⁶ Suárez Montes, en *loc. cit.*, cfr. pág. 832, y Díaz Palos, en *loc. cit.*, cfr. p. 821.

²⁷ Bunster Briceño, op. cit., pág. 8. Véase, también, Guzmán Dalbora, *Tres problemas del sistema chileno de los delitos contra la Administración pública*, en el *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas* de la Universidad de Antofagasta. Antofagasta, 1997, pp. (1 y ss.) 6 y ss.

les, cohecho, desacato, etc.—, asistemáticamente diseminados a lo largo del Código. Puesto que la Administración pública presenta varias flexiones o aspectos, algunos de ellos susceptibles de tutela penal ante sus atentados más graves, surge, como objeto jurídico específico, un grupo de delitos que vulneran los recursos económicos de la entidad estatal y al que pertenecen la malversación de caudales públicos, los fraudes y exacciones ilegales, el fraude tributario, el contrabando, etc. Aquello a que la malversación debe su individualidad dentro del grupo, es el aspecto peculiar que la común materia de tutela asume en sus especies, a saber, la gestión y disposición rectas de dichos recursos, que viene a ser el objeto jurídico subespecífico de los tipos que apostillamos. Todos ellos, pues, nos muestran delitos de lesión, incluso la negativa de pago o entrega, que no es un supuesto de resistencia mal colocado en el Código²⁸, dado que tampoco en ella «se protege el principio de autoridad, sino el normal ejercicio de la actividad administrativa en la esfera patrimonial», al impedir el hechor que los fondos a su cargo cumplan oportunamente el destino que tenían asignado; por ende, «participa de la esencia de la malversación»²⁹.

3. Sujetos pasivo y activo

De los recursos económicos de la Administración, contra los que atenta el malversador, es titular el Estado y, por imperio del artículo 238, que consagra una malversación impropia de ínclita raíz romanista, también ciertos entes públicos menores, los municipios y los establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, a todos los cuales es menester considerar como los únicos pacientes de este plexo de conductas antijurídicas³⁰.

La mayor parte de las formas de malversación tienen como agente un empleado público³¹. Subráyese, empero, que no cualquier servidor público entra en el tipo de injusto, sino aquel que, según los casos, tiene a su cargo,

²⁸ Como piensan Bunster Briceño, op. cit., cfr. p. 124, Etcheberry Orthusteguy, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 245, y Matus Acuña y Ramírez Guzmán, op. et ed. cit., cfr. p. 222.

²⁹ Creus, op. cit., pp. 359 y 364.

³⁰ Quedó dicho antes que aun en el caso de que los bienes pertenezcan a particulares, el sujeto pasivo sigue siendo la entidad estatal.

³¹ Para el concepto y la caracterización de la noción de empleado público en el Derecho Penal, remitimos al lector a nuestro artículo citado en nota 27, pp. 7 y 11.

administre, custodie o sea tenedor de los bienes que malversa, pues «sólo entonces son lesionados los especiales deberes del oficio»³². Por modo que estas disposiciones envuelven, sí, unos *delicta propria*, mas sería apresurado afirmar que la condición de funcionario es razón necesaria y suficiente para que el sujeto pueda transformarse en malversador, ya que a ese requisito hay que sumar el quebrantamiento de unas acotadas obligaciones que el Derecho pone sobre ciertas personas, por la confianza que les concedió el Estado al nombrarlas custodios de sus intereses o actividad pecuniarios. La malversación, en consecuencia, es siempre un delito vinculado a funciones especiales³³. Esta consideración tiene importancia, dado que el empleado que no tiene la competencia específica sobre los caudales que substraer o altera, por pertenecer a otra repartición pública, o bien a la misma en que éstos se hallan, mas sin poseer injerencia administrativa a su respecto, responderá de otros delitos, normalmente un hurto, agravado por el prevalimiento de funciones públicas³⁴. Por excepción, ciertos particulares son llamados a responder de estos títulos delictuosos, cuando se hallen encargados por cualquier concepto de los fondos a que alude el artículo 238. Con todo, como la razón de ser de esta ampliación legal del sujeto activo reside en que tales individuos «han asumido una responsabilidad y se ha depositado en ellos una confianza general»³⁵, resulta que también en este caso estamos ante un delito especial.

Ahora bien, determinar en qué categorías de los delitos especiales se inscriben las distintas modalidades de malversación, y trazar sus consecuencias en el terreno del error, la participación y la correcta calificación procesal del acto, son cuestiones que requieren el estudio previo de los tipos. Adelantemos que, en nuestra opinión, son delitos especiales impropios el peculado y la distracción de fondos³⁶, aunque sólo en principio,

³² Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht*. Besonderer Teil. 2 vols. Stämpfli, Bern, t. I, 5ª ed., 1995, p. 266.

³³ Dreher, *Strafgesetzbuch*. Beck, München und Berlin, 27ª ed., 1965, cfr. p. 1.041.

³⁴ Artículo 12, circunstancia 8ª, del Código. Y véase Bunster Briceño, op. cit., pp. 26-27.

³⁵ Bunster Briceño, ídem, cfr. p. 28.

³⁶ Así, también, Grisolia Corbatón, *La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude*. Separata de la *Revista de Ciencias Penales*, de Santiago de Chile, t. XXXIV, número 1, 1975, cfr. pp. 7 y 8.

pues hay en ellos ciertas peculiaridades frente a los delitos comunes que impiden dar por sentado, sin más, «que de no mediar la condición de funcionario, habría un hurto, una estafa o una apropiación indebida»³⁷. En cambio, por falta absoluta de correspondencia con un delito común, deben reputarse como delitos especiales propios la aplicación pública diferente y la denegación de pago o entrega; en éstos, la calidad de funcionario es el exclusivo fundamento de la incriminación, de suerte que un particular jamás podría cometer los hechos que le sirven de base.

IV. OJEADA COMPARATIVA

Los sistemas que muestra el panorama comparado se despliegan en dos procedimientos de regulación claramente definidos.

El primero no confiere independencia técnica a estas figuras, a las que sitúa como un supuesto más entre los muchos que atrapa el delito de apropiación indebida, y de ello son ejemplo los Códigos alemán³⁸ y suizo³⁹. La ausencia no sorprende, habida cuenta de que la malversación jamás disfrutó de firme arraigo en los países germánicos —de hecho, fue desconocida a la *Constitutio Criminalis Carolina*, centro y eje del Derecho penal común en varios de ellos—. El calco iberoamericano del Código alemán, o sea, el paraguay, tampoco da autonomía a la malversación.

Más apegados a la tradición romanista comparecen los textos español, francés, portugués e italiano, en todos los cuales el delito luce entre los que ofenden la Administración pública. El Código español (artículos 432-435) simplificó y, a la vez, complicó sus tipos: desaparecen la aplicación pública diferente, la denegación de pago o entrega y la forma culpo-

³⁷ Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*. Parte especial. Decimotercera edición, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Dykinson, Madrid, 1990, p. 1.184.

³⁸ Tras la supresión de los parágrafos 350 y 351, sobre peculados simple y agravado, respectivamente, la «ejecución del hecho por el funcionario es sólo una circunstancia genérica de agravación». Maurach, Schröder y Maiwald, *Strafrecht*. Besonderer Teil. 2 vols. Müller, Heidelberg, 8ª ed., t. I, 1995, p. 363.

³⁹ Artículo 138, 2, que intercala una agravación específica cuando el autor obra como miembro de una autoridad o funcionario.

sa del peculado, y en su lugar se exige ahora ánimo de lucro en dos de las tres hipótesis que regula: peculado, distracción de fondos y aplicación privada de bienes públicos —que es, en verdad, un peculado de uso, antes atípico—, además de la antigua malversación impropia cometida por ciertos particulares, que subsiste. Mucho más notable es la reducción operada por el Código francés (arts. 432-15 y 16), siquiera los núcleos de la única especie que consulta (peculado, doloso y culposo) incluyen la destrucción, substracción y apropiación indebida de «*actas, títulos, de fondos públicos o privados*» —a diferencia del español, en que los bienes deben ser necesariamente públicos, salvo casos residuales—. El Código portugués reúne en una sola disposición (art. 375) el peculado de cosas pertenecientes a la Administración o a algún particular, y castiga separadamente (art. 376) el peculado de uso y la aplicación pública diferente. Algo muy parecido exhibe el texto italiano luego de la reforma de 1990: queda derogada la malversación en perjuicio de particulares (ex art. 315), enriqueciéndose a su costa el peculado (art. 314, donde también se yergue el peculado de uso), se mantiene con sutiles retoques el peculado mediante aprovechamiento de error ajeno, muy característico de la tradición peninsular (art. 316), y se agrega, como malversación en perjuicio del Estado (art. 316 *bis*), un delito que en rigor es un fraude de ciertas subvenciones.

Los sistemas iberoamericanos presentan facetas que derivan de la vieja legislación de España e Italia, abroquelada, a veces, con especies delictivas de vernácula inspiración. El que más se asemeja al chileno es el Código argentino (arts. 260-264): malversación (aplicación pública diferente), peculado, doloso, culposo y de trabajos o servicios, demora de pago, negativa de entrega y malversación impropia (o de particulares, de neto sello español). Parecido, también, el Código peruano (arts. 387-392, con las singularidades, nuevamente, del peculado de uso y de agravar las penas cuando los caudales tenían como destino la asistencia social). Más enfeudados en el modelo italiano, los Códigos brasileño (arts. 312-313: peculado, doloso y culposo; peculado mediante error ajeno, y aplicación pública diferente) y uruguayo (arts. 153-155, todavía más italianos que el anterior, por la falta del peculado culposo y de la aplicación pública diferente). El esquemático Código boliviano (arts. 142-144) reduce los tipos a dos: peculado, de cosas públicas o privadas (doloso y culposo), y malversación (aplicación pública diferente), al paso que el federal de México se

contenta con uno, el peculado⁴⁰. En fin, el Código colombiano (arts. 397-403) considera el peculado, doloso, culposo y de uso, la aplicación oficial diferente y dos supuestos exóticos: la no consignación de sumas retenidas por agente retenedor –delito que atenta más bien contra la recaudación de ciertos tributos debidos al erario– y la destinación de bienes públicos para beneficio de explotadores de metales preciosos.

V. OBSERVACIONES GENERALES DE POLÍTICA CRIMINAL

El tiempo y la experiencia extranjera han corroborado el tino de la Comisión Redactora al asimilar ciertos bienes de particulares a los genuinamente públicos como objetos materiales del peculado y de la distracción de fondos. Sin embargo, es urgente dar completa jubilación al mecanismo de adecuar las penas al importe de lo substraído, porque provoca estragos sin cuento para el contenido intelectual del dolo –una «dotería penal» análoga a la del hurto y las defraudaciones–, exacerbados por la insensata gravedad de las sanciones, que pueden incluso sobrepasar las del homicidio. Sería aconsejable, también, condensar ambas figuras en una sola disposición, cual se hizo en Italia, como quiera que tienen el mismo esquema rector y para acabar de una vez por todas con la enojosa discusión acerca de sus relaciones y diferencias.

En cambio, el peculado de uso, o *contrectatio usus*, esto es, el uso ilícito no dominical, para fines privados, de bienes fiscales, representa una laguna que acaso convenga dejar intacta, pues aunque la picaresca supere a veces los límites de lo tolerable, se exponen los aprovechados a sanciones disciplinarias cuya entidad torna innecesario acudir a la pena. Distinta es la situación del empleo indebido de mano de obra o de servicios pagados por el Estado. De su previsión en otros ordenamientos, y parafraseando a Jiménez Huerta, destaquemos el acierto que implica y lo conveniente que sería adoptar esta figura en nuestra legislación⁴¹.

⁴⁰ Artículo 223, que, empero, se entrega al incontenible casuismo que corroe este Código. Fiel trasunto de los lados oscuros de la cultura del país, es el caso del peculador que usa fondos públicos para promover su imagen política o social, la de sus superiores o terceros, o para denigrar a otro.

⁴¹ *Derecho Penal Mexicano*. 5 vols. Porrúa, México, 6ª ed., t. V, 2000, cfr. p. 434.

Ha despertado de antiguo críticas la aplicación pública diferente, a causa de lo común de su ocurrencia en una Administración que, por lo demás, suele proveer los recursos —cuando lo hace— con agilidad de mastodonte, y por divisarse en ella una mera infracción administrativa⁴². Sin embargo, «tampoco puede olvidarse que los presupuestos públicos se hacen en función de la adscripción de determinadas cantidades a determinados servicios y que esta adscripción no puede ser cambiada arbitrariamente por el funcionario sin razones muy poderosas»⁴³; y, como comprobaremos al ocuparnos de nuestro artículo 236, donde yace el delito, éste permite sancionar una vasta gama de conductas que entorpecen seriamente el impulso administrativo, la gestión objetiva de los medios económicos del Estado y los fines de beneficio social a que responden, todo lo cual recomienda preservar la infracción⁴⁴. En cambio, carece de auténtico merecimiento de pena y debiera ser abrogada la denegación de pago o entrega, «una mera infidencia administrativa»⁴⁵, superflua aun como hipótesis subsidiaria del peculado y de la distracción de fondos, e intolerable si en la actitud del contumaz se quiere «presumir que no tiene en su poder dichas cantidades o dicho objeto y, en consecuencia, que ha cometido el delito de malversación»⁴⁶.

VI. EL PECULADO

1. Generalidades

En la pareja de disposiciones formada por los artículos 233 y 234⁴⁷ vive aún lo que con propiedad ha sido calificado como el «núcleo genera-

⁴² Así, Etcheberry Orthusteguy, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 244.

⁴³ Muñoz Conde, *Derecho Penal*. Parte especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 8ª ed., 1991, p. 779.

⁴⁴ Coincidente, Bunster Briceño, op. cit., cfr. p. 115.

⁴⁵ Díaz Palos, en *loc. cit.*, cfr. p. 823.

⁴⁶ Vera, op. cit., p. 430; para su crítica, cfr., además, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, op. et ed. cit., p. 222.

⁴⁷ Que transcribiremos, como los restantes del Código que hacen al asunto, para comodidad del lector. «Artículo 233: *El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustraiga o consintiere que otro los sustraiga, será castigado: 1.º Con presidio menor en su grado medio y multa de*

triz»⁴⁸ de la moderna malversación, núcleo que encierra la más grave de sus manifestaciones: el peculado –palabra derivada del latín *pecus*, ganado, o *pecore*, ovejas–, que es la denominación milenaria de este delito, siquiera en ocasiones recibe también las de apropiación, substracción o malversación de caudales a efectos públicos.

En efecto, llamóse entre los romanos *depeculatus*, *peculatus publicus*, *furtum publicae pecuniae* y, por lo general, *peculatus*, el hurto de cosas muebles pertenecientes al patrimonio del pueblo de Roma, «y se le daba este nombre, porque antes de que se empezara a hacer uso del dinero, los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o públicos eran los animales destinados al sacrificio, y por eso el hurto de los mismos era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase»⁴⁹. La proximidad original entre *peculatus* y *sacrilegium* –hurto de bienes de los dioses– así como la vinculación del primero de estos títulos de imputación al dinero público, o sagrado, dejan sentir su impronta hasta el día de hoy, tanto en lo severo de sus penas⁵⁰ como en la contracción del objeto material a cosas muebles de

cinco unidades tributarias mensuales, si la substracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. 2.º Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales. 3.º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.— En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos». «Artículo 234: El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la substracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres números del artículo anterior, incurrirá en la pena de suspensión en cualquiera de sus grados, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos substraídos».

⁴⁸ Díaz Palos, en *loc. cit.*, p. 816.

⁴⁹ Mommsen, *Derecho penal romano*. Traducción de Pedro Dorado Montero. Temis, Bogotá, 1976, p. 412. Con todo, la aparición de la moneda metálica, de hierro, cobre, plata u oro, como substituto de la vieja unidad de cambio representada por el ganado, se remonta más atrás en el tiempo, al período helénico. Cfr. Zielinski, *Historia de la civilización antigua*. Traducción de Carlos Pereyra. Aguilar (Colección Crisol, n.º 47), Madrid, 3ª ed., 1958, pp. 146-147.

⁵⁰ En la época medioeval era frecuente la imposición del máximo suplicio. Un completo panorama de la crueldad de su represión antaño, en Prado, *Curso de Direito penal brasileiro*. 4 vols. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, t. IV, 2001, p. 345.

significación económica, principalmente numerario⁵¹. Y si al principio el peculado no fue un delito de funcionarios —de lo que es todavía testimonio la malversación impropia del artículo 238—, porque el acento reprobatorio se ponía en la índole de la cosa sustraída, durante el Derecho cesáreo prevaleció el criterio de la fe traicionada por el hechor, es decir, el abuso de su oficio público, con lo cual pasó a segundo plano que la apropiación recayese sobre los caudales del *ararium*⁵² o sobre los de cualquiera otra Administración pública, como ciudades y municipios⁵³.

2. Análisis de los tipos

El Código conoce tres tipos de peculado. El básico está contenido en el artículo 233, y es la forma dolosa del delito. Sobre él se construyen dos especies privilegiadas: el peculado culposo, en el art. 234, y el peculado como falta, en el art. 494, número 19°.

⁵¹ De hecho, en Roma la sustracción de metales o monedas del Estado y de otras cajas públicas fue la forma más común e importante de la infracción. Mommsen, op. cit., cfr. p. 472.

⁵² Esto es, el patrimonio del pueblo romano, que era el único sacro.

⁵³ También por esta vía se llega a nuestro artículo 238, cuyo primer inciso dispone que «las disposiciones de este párrafo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia».

Su fuente remota lo vincula a un rescripto de Trajano y Adriano, en el título *Ad legem Juliam peculatus* del Digesto, donde se ordenaba castigar como responsables de peculado a los tesoreros infieles de las ciudades y los municipios, ampliación requerida para la tutela de sus caudales porque éstos no tenían el tinte sacro del patrimonio del pueblo y de la ciudad de Roma ni, por consiguiente, quedaban incluidos en las disposiciones relativas a ese crimen. La tradición se mantiene en las Partidas y es fundamental para entender el sentido de la presente regla. Yace en ella una ampliación legal del sujeto agente de todas las especies de malversación, basada, ante todo, en la índole de los bienes —«fondos, rentas o efectos»— a cargo del autor, que son públicos, sólo que pertenecientes a ciertos entes menores del aparato estatal: las municipalidades y los establecimientos públicos de instrucción o beneficencia. Pero que el «poder agravante» provenga «de la calidad de los fondos», como dice Soler (*Derecho penal argentino*. 5 vols. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 4ª ed., t. V, 1988, p. 228), debe complementarse con el dato, algo menos antiguo en el decurso de aquella tradición histórica, de la fe traicionada por el hechor, quien abusa de la posición privilegiada en que se halla respecto de los objetos puestos a su cargo. Con lo que quiere decir que el artículo en palabra alude a simples particulares, no a funcionarios públicos.

- a) *Sujetos activo y pasivo.* En cuanto al primero, interesa reafirmar que no todo funcionario público entra en el selecto grupo de agentes del peculado, sino sólo aquel que tenga a su cargo los caudales o efectos, requisito que, en principio, vale en los mismos términos para las dos figuras –dolosa y culposa– y está en perfecta sintonía con la naturaleza pluriofensiva de este grave maleficio. La referencia típica a las circunstancias en cuya virtud el empleado detenta los bienes representa el presupuesto básico del peculado, pues de otra forma es imposible concebirlo⁵⁴. Sobre esta cuestión, empero, los ordenamientos difieren considerablemente. El Código no pide que el funcionario tenga la posesión o disponibilidad de las cosas, como el italiano y los de su esfera de influencia, ni que las haya recibido o tenga en custodia en su carácter oficial, según requería el alemán. Esto aconseja supina circunspección en el manejo de la doctrina extranjera, máxime considerando el hondo arraigo hispánico del giro «tener a su cargo». La locución implica dos exigencias. Ante todo, que los bienes hayan sido confiados al cuidado o a la procura del sujeto agente⁵⁵, lo cual supone que éste tenga un poder sobre ellos, poder que no coincide con la posesión –por lo demás, los funcionarios de que aquí se habla son sólo servidores de la posesión ajena, fiscal o privada, o sea, meros tenedores–, aunque tampoco se restringe a la detentación material, directa y tangible, como la del cajero respecto de los fondos de su caja, «ya que la función de custodia y conservación puede cumplirse de muy diversos modos, según la naturaleza del servicio»⁵⁶.

Pero cargo significa, también, dignidad, empleo, oficio. Dos rumbos interpretativos se abren en esta encrucijada. El criterio laxo considera que basta con que el malversador tenga los bienes «con ocasión de» o «en consideración a» su investidura oficial, de lo cual infiere que la competencia específica del funcionario no es un requisito del

⁵⁴ Cfr. Jiménez Huerta, op., vol. et ed. cit., p. 431.

⁵⁵ «Función específica de custodiar», reza una sentencia de la Corte Suprema. Cfr. *Gaceta Jurídica*, número 98, p. 63.

⁵⁶ Suárez Montes, en *loc. cit.*, pág. 842. Así, se ha fallado que los funcionarios de la ex Sindicatura Nacional de Quiebras que invirtieron en el mercado de capitales fondos provenientes de bancarrotas administradas por dicha entidad, cometen peculado. Véase *Gaceta Jurídica*, número 169, p. 113.

tipo⁵⁷. Tesis, sin embargo, que, *de lege lata*, desnaturaliza el sentido del delito y anula la *ratio* de su gravedad, es decir, la confianza funcional que la Administración cifró en el empleado y que él traiciona. Por lo mismo, toda la doctrina chilena participa del criterio restringido, al tenor del cual el sujeto debe tener las cosas «precisamente en razón de sus funciones»⁵⁸, de modo que no son suficientes una relación adventicia, ocasional y mucho menos un vínculo ilegal o antirreglamentariamente establecidos sobre ellas⁵⁹. Al contrario, su tenencia ha de cimentarse en las funciones propias del cargo del empleado, o dicho de otra manera, tiene que ser lícita. Su base podrá ser la ley, el reglamento, la resolución e incluso la costumbre administrativos⁶⁰. Por ende, el empleado incompetente, el usurpador o el que por cualquier derrotero extraño a sus atribuciones haya entrado en contacto con los bienes que substraiga, responderá de los delitos comunes que se configuren en el hecho, en general, un hurto agravado por la circunstancia 8ª del artículo 12.

⁵⁷ Opinión prevaleciente en Alemania, cuyos penalistas y jurisprudencia argüían que la entrega hecha al funcionario por un tercero que lo creyó erróneamente facultado para recibir la cosa, era suficiente fundamento de la malversación, salvo los casos en que ambos conocían la incompetencia del empleado o la entrega se hizo por la confianza personal que, como funcionario, mereció éste a aquél. Cfr. Maurach, op. et ed. cit., p. 724; Welzel, op. et ed. cit., p. 554, y Frank, op. et ed. cit., p. 724.

⁵⁸ Bunster Briceño, op. cit., p. 25; en la jurisprudencia, los fallos de la Corte Suprema de 13 de abril de 1999 y 25 de julio de 1989. Cfr. *Fallos del mes*, números 486, p. 761, y 368, p. 404, respectivamente.

⁵⁹ Cfr. Etcheberry Orthusteguy, op., vol. et ed. cit., p. 239; Labatut Glena, op., vol. et ed. cit., p. 79, y Matus Acuña y Ramírez Guzmán, op. et ed. cit., pp. 208-209.

⁶⁰ Cuando la Corte Suprema, en su fallo de 18 de diciembre de 1996, *Gaceta Jurídica*, número 199, pág. 89, expresa ser inveterada jurisprudencia del máximo tribunal, que «ni el artículo 233 del Código penal ni precepto legal alguno» exigen que la custodia requerida por esa disposición derive «de un precepto expreso de la ley o reglamento», hay que entender que, por lo menos, ha mediado una orden o instrucción legítimos del superior —pues una simple resolución no puede generar en el subordinado competencias que le nieguen las normas generales, reserva hecha de una subrogación o interinato permitidos, según se lee en otro fallo de la misma Corte, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, LXXXVI, N° 2, 41—, o bien la costumbre, «lo cual puede ocurrir cuando la práctica administrativa, ante el vacío reglamentario, otorga funciones de administración, percepción o custodia a funcionarios cuya particular competencia no los comprende». Creus, op. cit., p. 330.

Ahora bien, este presupuesto de la tenencia por razón del cargo, que es un claro elemento normativo-jurídico del tipo, lleva el requisito adicional de haberse recibido las cosas «*en depósito, consignación o secuestro*», frase que incorporó la Comisión Redactora con motivo de la inclusión de los caudales de particulares juntamente a los públicos, pero que quedó redactada, por un desliz en la puntuación del primer párrafo del artículo 233, en términos que abarcan unos y otros. No obstante, la doctrina y la uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema subrayan que esas expresiones no están aplicadas en el sentido que les da el Código civil en sus artículos 2211, 1599 y 2249, sino en el natural y obvio de ellas según su uso común, y comprenden, pues, todas las funciones posibles de un tenedor oficial de bienes públicos o de particulares: «percibir, recaudar, cobrar, custodiar, conservar, administrar e invertir bienes»⁶¹, corolario avalado por la inteligencia sistemática de los artículos 233 y 235, ya que este último se refiere, genéricamente, a los caudales «puestos a cargo» del agente, que es, en definitiva, lo esencial para entrambas disposiciones. Como sea, cuando el obrar del peculador incide en bienes de particulares, éstos han de haber sido confiados a la Administración en virtud de una entrega obligatoria, impuesta por el Derecho, porque de otra forma —como sucedería en un depósito hecho a título puramente voluntario— no estarían a cargo del empleado, aunque su gestión no persiga finalidades de beneficio social⁶². Pero también en estos casos el único sujeto pasivo es el Estado, no el particular, conforme indicamos páginas atrás.

- b) *Objeto material*. Son caudales o efectos públicos o de particulares. La voz caudales atañe a toda clase de bienes provistos de significación pecuniaria, es decir, que tengan un valor económico. La ausencia de significado patrimonial o que el objeto posea uno tan exiguo que pueda reputarse como carente de valor, quedan fuera del tipo de injusto: *de minimis non curat prator*⁶³. Pero debe tratarse de objetos

⁶¹ Cfr. Bunster Briceño, op. cit., p. 52, quien examina detenidamente el problema; además, Labatut Glena, op., vol. et ed. cit., p. 80, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, op. et ed. cit., p. 208, y Etcheberry Orthusteguy, op., vol. et ed. cit., pp. 238-239.

⁶² Bunster Briceño, op. cit., cfr. p. 39, menciona como ejemplo la fianza en dinero pagada por el preso para obtener su libertad provisional.

⁶³ Véase Crespi, Stella y Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*. Cedam, Padova, 4ª ed., 1996, p. 314. Pueden tenerlo los objetos decomisados, siendo, por lo demás,

corporales muebles, pues no es factible substraer bienes raíces ni meros derechos⁶⁴. La exclusión de los inmuebles, sin embargo, no reduce el término caudales al dinero⁶⁵. Y como «ha de tratarse de muebles, ya lo sean por su propia naturaleza, ya por haber sido movilizados»⁶⁶, que, además, deben ser substraídos, entonces son ajenos al tipo la mano de obra y los servicios pagados con fondos del fisco⁶⁷. Por efectos se entiende «todos los documentos que son susceptibles de estimación pecuniaria y que signifiquen un valor negociable»⁶⁸.

Ahora bien, el carácter público de los caudales o efectos viene determinado, ante todo, por su pertenencia a la Administración, en el más amplio sentido de ésta —salvo los municipios y establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, para la tutela de cuyos cau-

público el destino del producto de su subasta, conforme al artículo 60, mas no aquellos a que sólo aguarda ser destruidos tras su incautación, como la moneda falsa o los estupefacientes, ni el desvencijado mueble o la máquina inservible dados de baja que permanecen arrumbados en alguna bodega.

- ⁶⁴ Una extensiva interpretación reciente en España hace aplicable la expresión a los inmuebles. Así, Polaino Navarrete, en *Curso de Derecho penal español*. Parte especial. Obra dirigida por Manuel Cobo del Rosal. 2 vols. Pons, Madrid, t. II, 1997, cfr. p. 405. En contra de este entendimiento, Rodríguez Collao y Ossandón Widow, op. cit., cfr. p. 376.
- ⁶⁵ Como equivocadamente piensan Orts Berenguer (en *Derecho penal*. Parte especial. Obra coordinada por Tomás Salvador Vives Antón. Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 1990, cfr. p. 487), en España, y, en parte, Labatut Glena, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 79, en Chile. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 3 de octubre de 1997 (*Gaceta Jurídica*, número 208, p. 162), basándose en la peregrina consideración de que caudales «implica indiscutiblemente la idea de dinero o documentos representativos de lo mismo», concluye que resmas de papel, discos informáticos, cintas para máquinas de escribir, etc., serían objetos inidóneos. En cambio, muy acertada, la Corte Suprema, en fallo de 17 de agosto de 1988 (*Gaceta Jurídica*, número 98, p. 63), que ratifica la aplicación del artículo 234 al empleado que dio ocasión a que fuese substraído el trigo que debía custodiar.
- ⁶⁶ Suárez Montes, en *loc. cit.*, p. 834.
- ⁶⁷ Respecto del diverso problema de las energías, *u. gr.*, la eléctrica, cfr. Pagliaro, op. et ed. cit., p. 55. A su vez, las comunicaciones telefónicas que a título privado haga el funcionario cargándolas al Estado, sólo cuentan a efectos disciplinarios, pues el impulso que las trasmite no representa jurídicamente una energía, sino un servicio.
- ⁶⁸ Bunster Briceño, op. cit., p. 37. O sea, letras de cambio, cheques, pagarés, valores mobiliarios y títulos de crédito en general.

dales existe el artículo 238, ese torso de las disposiciones sobre la malversación—. En principio, no es indispensable la incorporación formal (contable, o física, previa facción de inventario) al erario para que los bienes integren el patrimonio público; necesario y suficiente es que estén jurídicamente destinados a ingresar a él⁶⁹ y queden a cargo del funcionario competente para recibirlos o, en su caso, custodiarlos. Por lo mismo, el funcionario que forma una «caja negra» con dineros que percibe para el fisco, pero no ingresa a la pública que gestiona, comete este delito⁷⁰. A su turno, la también factible substracción de los muebles, equipos, etc., de que esté guarnecido su despacho, requiere que hayan sido inventariados, porque de otra forma no estarían bajo la responsabilidad del peculador⁷¹.

Sólo cuando los objetos pertenecen a particulares resulta superfluo que el Derecho les acuerde o no un destino público, bastando con que posean un propietario. En cambio, la calidad pública de un bien viene determinada por su adscripción a satisfacer necesidades colectivas, no por el mero hecho de estar a cargo de un funcionario, de donde resulta que si el Estado invierte sus recursos en actividades financieras de carácter privado, por ejemplo, a través un banco mercantil, los expone a los riesgos propios de cualquier negocio, motivo por el cual, aunque le pertenezcan, carecen del signo público exigido por el peculado, siendo absurdo y contraproducente que la entidad estatal goce de las ventajas de la libre actividad comercial y, al mismo tiempo, de las garantías inherentes a la autoridad⁷².

⁶⁹ Opinión dominante en España. Cfr. Rodríguez Devesa, op. et ed. cit., p. 1.182, quien la inauguró; Suárez Montes, en *loc. cit.*, p. 835, y Díaz Palos, en *loc. cit.*, p. 818. Para Chile, véase Etcheberry Orthusteguy, op., vol. et ed. cit., p. 239.

⁷⁰ Maurach, op. et ed. cit., cfr. p. 724.

⁷¹ En cambio, Carrara, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 16, pensaba que su substracción sería un simple hurto, ya que el funcionario no administraría tales objetos.

⁷² Según la llamada «teoría del riesgo». Cfr. Soler, op., vol. et ed. cit., pp. 225 y 226, y Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*. 7 vols. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. VII, 1990, pp. 312-313. Por la opuesta «teoría de la pertenencia» se pronuncia Creus, op. cit., cfr. pp. 315-316, aunque reconoce que sólo son bienes públicos aquellos de que el Estado puede disponer para afectarlos a fines colectivos. De más está decir que los caudales de empresas del Estado tienen índole pública, y su substracción por el funcionario que los tenga a cargo, el obscuro *fumus* del peculado. Véase la sentencia de la Corte Suprema de 17 de abril de 1997, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCIV, número 1, p. 83.

- c) *Actividades típicas*. Aquí es preciso separar las formas dolosa y culposa del delito. En la primera, las actividades típicas alternativas son sustraer o consentir que otro substraiga. Casi no hay autores que interpreten el verbo sustraer cual un elemento descriptivo del tipo, por lo inexpresivo de su sentido gramatical de apartar o extraer y, en definitiva, quitar⁷³. Concebirlo como la remoción de la cosa de la esfera de custodia en que se hallaba, le concede una parte del acento normativo que reclama; pero la simple *amotio* o desplazamiento, aun seguida de la incorporación del objeto a la esfera de custodia del agente, que alguno de los secuaces de este temperamento añade expresamente⁷⁴, no se compagina con el presupuesto básico de la infracción, pues mal puede desapoderar quien precisamente tiene los caudales en su poder —aunque, por cierto, siempre en nombre de y para el Estado—. Por ende, es preferible dar a la expresión el pleno sentido normativo jurídico de una apropiación. Subtrae el empleado que realiza o puede ya realizar sobre la cosa actos que sólo hubiera podido ejecutar su propietario, actos, pues, «incompatibles con el título que justifica su tenencia»⁷⁵ y reveladores de una *interversio possessionis*, sea consumiéndola, donándola, enajenándola, invirtiéndola, especificándola, etc., con tal que el desplazamiento patrimonial esté logrado, ni más ni menos que en el hurto y la apropiación indebida. Una vez que el funcionario haya adquirido el poder fáctico de disponer materialmente de la cosa como si fuese su dueño, la substracción está consumada y, con ella, el peculado⁷⁶. Los medios de ejecución son indiferentes, porque la descripción legal no los vincula: «desde el empleo de la astucia al de la fuerza, pasando por la manipulación documental y el engaño, todos los medios pue-

⁷³ Así, sin embargo, Creus, op. cit., cfr. p. 326.

⁷⁴ Substraer, sentencia Bunster Briceño, op. cit., pp. 63-64, «es la traslación de la cosa, por un acto material de apoderamiento, de la custodia que sobre ella ejercía persona distinta del autor del delito, a la tenencia efectiva de éste».

⁷⁵ Antolisei, op., vol. et ed. cit., p. 771.

⁷⁶ Éste es, también, el criterio dominante en España. Cfr., por todos, Rodríguez Devesa, op. et ed. cit., pág. 1.184. También en Chile se ha sostenido lo mismo. «Substraer significa apropiarse», dice Labatut Glena, op., vol. et ed. cit., pág. 80; y véase la sentencia de la Corte Suprema de 6 de diciembre de 1985, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXII, número 3, pp 260 y ss.

den ser adecuados para desviar los caudales de su destino público al privado del funcionario»⁷⁷, y esta circunstancia es fontana de múltiples concursos, de los que discurrimos más adelante⁷⁸.

La expuesta es la forma comisiva del peculado. Por su parte, consentir que otro substraiga representa la comisión por omisión, en la que el funcionario, colocado por su cargo y responsabilidad en inquestionable posición de garante de los intereses económicos de la Administración, recibe un castigo «no por lo que hizo, sino por lo que ha dejado de hacer: impedir la substracción de los caudales»⁷⁹. En consecuencia, no estamos ante un caso de la denominada autoría mediata con agente doloso ni una situación de participación en delito ajeno (el del particular que subtrae) elevada a tipo independiente —porque el *extraneus* bien pudiera no cometer un hurto, *u gr.*, si obró sin ánimo de lucro, por tener créditos pendientes contra el fisco y buscar sólo hacerse pago con las cosas, o sin ánimo de apropiación, para darles un uso fugaz—: antes bien, desde la óptica de la tutela de los medios pecuniarios confiados al empleado, tan grave es que éste los substraiga por sí mismo como que deje que un tercero, acaso miembro de la propia Administración, se los quite. Carece de importancia que entre uno y otro exista un *pactum sceleris* o que el particular gane terreno de la simple complacencia del empleado infiel; y visto que lo crucial es la acción esperada que éste omite, es también irrelevante que la omisión vaya o no acompañada de acciones que favorezcan la substracción: también el que abre la caja fuerte a otro, le facilita las llaves, proporciona una clave secreta para girar fondos, etc., malversa por omisión⁸⁰.

En lo que toca a la modalidad culposa la actividad es una sola: dar ocasión a que otro substraiga. Por de pronto, obsérvese que esta vez

⁷⁷ Díaz Palos, en *loc. cit.*, p. 821.

⁷⁸ Con particular cuidado hay que examinar el engaño: así, el tesorero público que, en el conocido ejemplo de Carrara, op., vol. et ed. cit., cfr. pág. 26, para favorecer a un amigo que adeuda sumas al fisco, le extiende un recibo sin haberlas percibido, no responde de malversación, pues jamás tuvo en su poder el dinero, sino del fraude del artículo 239.

⁷⁹ Suárez Montes, en *loc. cit.*, pág. 850.

⁸⁰ Cfr. Suárez Montes, en *loc. cit.*, pág. 847; Bunster Briceño, op. cit., pág. 54; Etcheberry Orthusteguy, op., vol. et ed. cit., pág. 239.

el círculo de posibles sujetos activos se ensancha: tanto pueden serlo el empleado que tiene los fondos a su cargo como el superior suyo que ha de vigilar y controlar su actividad⁸¹. Ambos incurren en una simple omisión —no ya comisión por omisión, como en el caso anterior⁸²— asociada al incumplimiento de sus deberes de custodia, conservación, vigilancia, etc., que brinda a un tercero la ocasión para sustraer los bienes⁸³. Con todo, el nexo causal que anude la omisión con su resultado tiene que ser jurídicamente relevante, por lo que es imperioso que la substracción sea la consecuencia en que cobró forma precisa el grave abandono o la negligencia del empleado.

- d) *Resultado*. Éste se verifica con la apropiación por el empleado que subtrae, o con la substracción —mero desapoderamiento— por el tercero, facilitada por la pasividad dolosa o el descuido del funcionario. Privada por tales vías la Administración de la disponibilidad de los caudales o efectos, ulteriores perjuicios para el ente público cuentan sólo para fines extrapenales (disciplinarios y civiles, principalmente); por lo mismo, es indiferente que el autor haya prestado al asumir el cargo una caución, o que ésta sea superior a las especies malversadas⁸⁴. Tampoco cancela el resultado delictuoso que la Administración pudiera haber obtenido un beneficio económico, o que el agente reportase de la cosa un lucro⁸⁵. Sobre todo, el eventual

⁸¹ Cfr. Vera, op. cit., p. 427, y Suárez Montes, en *loc. cit.*, p. 855. En contra, Rodríguez Devesa, op. et ed. cit., cfr. p. 1.185, y Labatut Glens, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 80, en cuyo sentir la remisión que hace el artículo 234 al 233 revelaría que los caudales deben estar a cargo del sujeto activo.

⁸² Por lo demás, el que comentamos es un característico delito *de olvido*.

⁸³ La substracción vale aquí como *amotio*, no siendo necesaria la apropiación. Cfr. Rodríguez Devesa, op. et ed. cit., p. 1.185.

⁸⁴ Cfr. Antolisei, op., vol. et ed. cit., p. 774. De los seguros, fianzas y otras garantías que deben constituir los empleados que sean tenedores de fondos estatales, trata el artículo 68 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República, modificado por la Ley 19.817, de 26 de julio de 2002.

⁸⁵ A propósito de lo cual interesa destacar que el *animus rem sibi habendi* —elemento subjetivo de lo injusto— es una exigencia implícita del tipo, pero sólo en la modalidad dolosa de sustraer. Cfr. Fuensalida, op. et vol. cit., p. 218; Labatut Glens, op., vol. et ed. cit., p. 80, Bunster Briceño, op. cit., p. 65, y toda la doctrina española. No lo es, en cambio, para ninguna de las actividades típicas del artículo

reintegro de los objetos o sumas malversados deja incólume la adecuación típica y la responsabilidad del malhechor⁸⁶. «Este reintegro, en cambio, constituye la circunstancia atenuante de responsabilidad del artículo 11 N° 7, si es que el tribunal estima que [el reo] ha procurado con celo reparar el mal causado»⁸⁷. Confirma lo anterior la cláusula final del artículo 234, si bien entendemos que, satisfecha por el tercero la obligación civil de devolver la cantidad o los efectos que substrajo merced a la torpeza del babieca, cesa la correlativa obligación del funcionario, porque de lo contrario el Estado sería pagado dos veces⁸⁸. Volveremos sobre el espinoso problema del reintegro, *infra*, al tratar de la distracción de fondos.

3. Situaciones de justificación

La índole del peculado y los intereses supraindividuales que pulsan en su bien jurídico, dejan a las causas de justificación un margen de validez menos dilatado que en el hurto y la apropiación indebida. De suerte que el consentimiento del dueño —cuando éste sea un particular— de los caudales no tiene efecto justificante, pues siempre queda en pie el quebrantamiento de los deberes oficiales de custodia⁸⁹; tampoco, el otorgado por el superior para que el subordinado disponga de los fondos públicos a su cargo y pueda así satisfacer sus necesidades particulares, ya que el superior carece de la facultad para conceder semejante autorización⁹⁰.

233, el ánimo de lucro, otra sensible diferencia entre la malversación y los que se perfilan como sedicentes delitos comunes (hurto y apropiación indebida), que trae aparejadas severas repercusiones en la eventual participación de *extranei*, según veremos más adelante.

⁸⁶ Cfr. Crespi, Stella y Zuccalà, op. et ed. cit., p. 804, Suárez Montes, en *loc. cit.*, p. 854, y Díaz Palos, en *loc. cit.*, p. 822.

⁸⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXII, número 2, p. 65 (sentencia de la Corte Suprema); además, cfr. los fallos del supremo tribunal en 13 de mayo de 1999, *Fallos del mes*, número 486, pág. 762, y de la Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda en 12 de junio de 1984, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXI, p. 170.

⁸⁸ Un enriquecimiento sin causa, como indica Rodríguez Devesa, op. et ed. cit., cfr. p. 1.186.

⁸⁹ Maurach, op. et ed. cit., cfr. p. 725.

⁹⁰ Eser, en Schönke, y Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*. Beck, München, 25ª ed., 1997, cfr. p. 1.747.

Pero como «hoy se acostumbra asignar sueldos elevados a los altos funcionarios, mientras se trata de economizar dando a los empleados inferiores unos estipendios que no bastan para el alimento cotidiano de su familia», es perfectamente posible que se configuren un estado de necesidad —cumplido que sea el requisito de no haber otro medio practicable y menos perjudicial que la sustracción—, una eximente incompleta o una franca situación de inculpabilidad supralegal, por no exigibilidad de otra conducta, en los infelices «que han provisto con dinero público las necesidades de la miseria a que inconsultamente los arrojó la avaricia del gobierno»⁹¹. Digna de atención, en este sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena que en 1980 desestimó el estado de necesidad alegado por el acusado, individuo que percibía un modesto salario con que debía mantener a una familia numerosa, sólo porque él aplicó los caudales malversados a la adquisición de bienes que el fallo consideró como suntuarios⁹².

4. La culpabilidad y el error

El empleado que subtrae debe proceder con dolo directo, inevitable corolario del ánimo de apropiación; y como en la forma omisiva prevista por el artículo 233 es otro el que tiene en sus manos la progresión activa de los acontecimientos, puede darse el dolo eventual en el funcionario que permite la sustracción. El abandono o la negligencia inexcusables representan las únicas fuentes de culpa admitidas por el artículo 234, y pueden sintetizarse en la idea de imprudencia temeraria⁹³, es decir, el olvido o la desatención de las más elementales normas de prudencia y cuidado, «que no admiten disculpa ni justificación» y rayanos, pues, con el dolo⁹⁴, hubiese o no en el empleado la cognición del resultado que sobrevendría, «pues la inexcusabilidad no es privativa de la culpa con previsión»⁹⁵.

⁹¹ Carrara, op., vol. et ed. cit., p. 46.

⁹² Cfr. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXVII, número 1, p. 58.

⁹³ Del mismo criterio, Sánchez Ocaña, en *Código penal comentado*. Obra coordinada por Jacobo López Barja de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos. Akal, Madrid, 1990, cfr. p. 729.

⁹⁴ Labatut Glénat, op., vol. et ed. cit., pág. 81; además, cfr. Del Río, op. et vol. cit., p. 188, y *Gaceta Jurídica*, número 98, p. 63 (fallo de la Corte Suprema).

⁹⁵ Suárez Montes, en *loc. cit.*, p. 850.

El agente debe tener plena conciencia de todos y cada uno de los numerosos elementos normativos presentes en el artículo 233. Por de contado que basta un conocimiento profano del significado de los hechos, aquel que el lego posee respecto de la realidad en que está inserto y opera⁹⁶, siempre y cuando esa representación marche en la misma dirección que la trazada por el Derecho al estampar los conceptos respectivos. La representación falaz de la condición de funcionario es un error de tipo, maguer no sea en absoluto necesario que el hechor conozca los presupuestos formales de su nombramiento y empleo⁹⁷. También la ignorancia o la representación falsa acerca de los deberes derivados del puesto, especialmente los que hacen a la custodia y conservación del objeto material, funcionan como un error de tipo⁹⁸; al revés, la suposición errónea de deberes jurídicos inexistentes determina un delito imaginario, impune en el caso de la comisión por omisión —mas la acción de substraer emprendida en esas circunstancias puede constituir un hurto—. Un *error in objecto* irrelevante se dará siempre dentro de los que menciona la figura legal («caudales a cargo» del funcionario, no otros). Incurre en errores indirectos de prohibición el inferior que cree facultado al superior o al particular que le autorizan para substraer los bienes, imagina lícita la acción de compensar, con la apropiación, un crédito que él ostenta frente al servicio, o considera que la costumbre —difusa y perniciosísima— de apoderarse de papeles y otros utensilios de oficina para darles consumo privado, aprueba su conducta (salvo los casos de insignificancia, naturalmente). Dado el carácter de las actividades típicas es harto trabajosa la posibilidad del error directo de prohibición⁹⁹.

5. Accidentes del delito

- a) «*Iter criminis*». Cuando, de acuerdo con la naturaleza o ubicación del objeto material, el funcionario deba desplegar una actividad fraccio-

⁹⁶ Scordamaglia, *Peculato*, en *Enciclopedia del Diritto*, cit., t. XXXII, 1982, cfr. pp. (554 y ss.) 644.

⁹⁷ Maurach, op. et ed. cit., cfr. p. 702.

⁹⁸ En su op. et ed. cit., piensa Welzel que se trataría de un error de prohibición.

⁹⁹ «Conciencia demasiado viva» de la antijuridicidad, afirma Bunster Briceño, op. cit., p. 64.

nable para lograr la apropiación, es posible la tentativa¹⁰⁰; pero obsérvese que un *iter* prolongado no es requisito del delito imperfecto¹⁰¹. La tentativa puede presentarse, también, en la acción de sustraer que el empleado no evita; pero el mero consentir, aun expreso, es un acto preparatorio impune, mientras no tome inicio la actividad del tercero. En cambio, la naturaleza culposa y omisiva de la infracción contenida en el artículo 234 es incompatible con la tentativa¹⁰².

- b) *Autoría y participación*. El estudio de este aspecto a propósito de la figura del artículo 233 demanda dos precisiones previas. Ante todo, que parece arriesgado afirmar que el delito allí descrito es, según sostiene Grisolia Corbatón, «sin discusión posible» un delito especial impropio¹⁰³, ya que lo diferencian de aquellos que comparecen como delitos comunes algunos elementos (entre otros, la posibilidad de la comisión por omisión y lo innecesario del ánimo de lucro, estando aquélla excluida y siendo éste fundamental en el hurto y la apropiación indebida) cuya entidad relativiza la distinción que suele hacerse en la doctrina para resolver los problemas de la codelinuencia en los *delicta propria*, a saber: participación del extraño en el delito cometido por el sujeto cualificado y, a la inversa, participación de este último en la sustracción cometida por el primero. Esas mismas diferencias obligan a examinar con reduplicado esmero las consecuencias de una eventual ruptura del título de imputación para los frecuentes casos de intervención plural de funcionarios y particulares en una sustracción de caudales públicos. De ahí que nos aten-gamos al binomio tradicional autoría-participación en sentido estricto, al plantear y resolver aquellos accidentes en el delito que nos ocupa.

¹⁰⁰ Cfr., por todos, Cunha, en *Comentário conimbricense do Código Penal*. Parte especial. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. 3 vols. Coimbra Editora, Coimbra, t. III, 2001, p. 701.

¹⁰¹ Por ejemplo, la carta o caja abiertas por el empleado para apropiarse de su contenido. Maurach, op. et ed. cit., cfr. p. 725.

¹⁰² La niegan para todas las formas de peculado Matus Acuña y Ramírez Guzmán, op. et ed. cit., cfr. p. 210, por estimar que el delito es uno omisivo, que se perfecciona al no reintegrar el sujeto los caudales sustraídos.

¹⁰³ Op. cit., p. 7.

Pues bien, la autoría está reservada al funcionario que tenga a su cargo el objeto de la substracción; los demás individuos, incluso el empleado desprovisto de una relación funcional de custodia respecto de los caudales, no pueden perpetrar este delito¹⁰⁴. Además de la autoría directa, son concebibles la coautoría —que involucra la custodia compartida de los caudales, exista o no entre los agentes subordinación jerárquica¹⁰⁵— y la autoría mediata, sea que el hombre de atrás obre a través de un sujeto cualificado o de un simple particular, pero siempre que «la conducta del instrumento forzado no sea dolosa»¹⁰⁶. Por su parte, el *extraneus* que subtrae o interviene como coautor en la substracción realizada por el funcionario, responderá por el delito patrimonial común¹⁰⁷, con tal que estén presentes sus elementos específicos, pues de lo contrario, por ejemplo, si faltan el *animus lucrandi* o el *rem sibi habendi* en la acción, «el resultado en este caso es la impunidad para el extraño»¹⁰⁸. Verificados tales requisitos, el tipo aplicable al no cualificado es el del hurto.

En la participación en sentido estricto gobierna la regla de la incommunicabilidad. Esta es de antiguo la *communis opinio auctorum* en Chile¹⁰⁹, si bien trabajosamente, a tientas y sólo en los últimos años ha ido imponiéndose, asimismo, en la jurisprudencia¹¹⁰. Por consi-

¹⁰⁴ Cfr. Bunster Briceño, op. cit., p. 33.

¹⁰⁵ Cfr. Bunster Briceño, op. cit., p. 32; Cunha, en op. et vol. cit., p. 701; Maurach, op. et ed. cit., p. 724; Grisolia Corbatón, op. cit., p. 14, y, en la jurisprudencia, que también acoge esta posibilidad, la sentencia de la Corte Suprema de 23 de junio de 1994, en *Gaceta Jurídica*, número 162, p. 91.

¹⁰⁶ Grisolia Corbatón, op. cit., p. 12. Si hay dolo, autor e *inductor* responderán de hurto.

¹⁰⁷ Se rompe, pues, la unidad del título de imputación. Cfr. Bunster Briceño, op. cit., pp. 33-34; Grisolia Corbatón, op. cit., pp. 15-19; Suárez Montes, en *loc. cit.*, p. 872, y la generalidad de la doctrina.

¹⁰⁸ Díaz Palos, en *loc. cit.*, p. 819.

¹⁰⁹ Robustiano Vera, op. cit., p. 425, anotó: «si hai particulares mezclados en este delito, ellos no serán penados por este artículo, porque no son empleados».

¹¹⁰ Cfr., por todos, Grisolia Corbatón, op. cit., págs. 19 y ss., con cita de los fallos de los años 60-70 en pp. 42-45. Para los más recientes, véanse las sentencias de la Corte Suprema, en 23 de junio de 1994 (*Gaceta Jurídica*, número 168, p. 89), y del tribunal de apelación de Talca, en 6 de octubre de 1983 (*Gaceta Jurídica*, número 42, p. 90). Los argumentos más socorridos son el inciso primero del artículo 64, que sería aplicable porque la voz «circunstancias», aplicada allí, aludiría tanto a los

guiente, cómplices, instigadores y encubridores de la substracción cometida o consentida por el empleado deben reunir la condición de funcionarios para ser partícipes de peculado —basta con esto, porque de exigirse en ellos que tengan los bienes a su cargo serían autores—; en cambio, el *extraneus* partícipe debe responder por el delito común, que, en nuestro sentir, será siempre la apropiación indebida¹¹¹, supuesto que en la actividad del autor principal estén presentes los requisitos del artículo 470, número 1°. Ahora, la opuesta situación del *intraneus* que participa en el delito común realizado por el particular, no altera su responsabilidad como autor de peculado, puesto que «cualquiera forma de intervención del funcionario como instigador, coejecutor o mero cooperador del extraño» lleva consigo, «fatalmente y por fuerza de definición, la prestación del consentimiento para que la apropiación [...] se perpetre»¹¹², o sea, que cometa el delito del artículo 233 por omisión; esto, reserva hecha del encubrimiento, que es una actividad posterior, en cuyo caso el empleado responderá como encubridor de hurto.

Ninguno de estos principios es aplicable al artículo 234, vista la incompatibilidad de la culpa con la codelincuencia.

- c) *Concursos de leyes y de delitos*. Quedó dicho páginas atrás que el tipo no vincula los medios de ejecución, de lo que dimanarían múltiples concursos, de leyes y de delitos.

Grávidos en consecuencias se ofrecen el engaño y las falsedades, ora como medios para perpetrar o facilitar la substracción, ora como expedientes para ocultar la ya consumada. En cuanto al engaño, no hay concurso aparente de leyes ni de delitos entre el peculado, por una parte, y el fraude al fisco (artículo 239) y las diversas especies de estafa, por otra, sino,

auténticos *accidentalia delicti* como a sus elementos típicos (cual en este caso la calidad de empleado público), y que los principios reinantes en materia de participación, o sea, la unidad y la accesoriedad, deben entenderse referidos al hecho común, no a su adecuación típica.

¹¹¹ Aunque sobre ello no hay en absoluto uniformidad en la jurisprudencia, que menciona como delitos comunes la apropiación indebida, estafa, el hurto, la falsificación de documentos, etc., en total anarquía.

¹¹² Grisolia Corbatón, op. cit., p. 39.

antes bien, una relación de exclusión. Escribe con verdad Frank¹¹³ que el vínculo entre peculado y estafa se plantea en los mismos términos que en la pareja estafa-apropiación indebida, por lo cual si el funcionario, que no tiene los caudales a su cargo, se sirve de un artificio para entrar en posesión de ellos, comete estafa, no peculado, y «la apropiación sucesiva es un hecho posterior impune»¹¹⁴; viceversa, hay peculado, y no estafa, cuando el ardid sea utilizado para ocultar la apropiación¹¹⁵. Se excluyen recíprocamente, también, los artículos 233 y 239, porque en el último delito el empleado no tiene los caudales a su cargo y se limita a defraudar al ente público «*en las operaciones en que interviniera por razón de su cargo*», esto es, carece de los atributos necesarios para ser sujeto activo del peculado¹¹⁶; de darse ambos supuestos típicos, es decir, si el empleado tiene la custodia de bienes que, además, él debe invertir en alguna operación por sus funciones administrativas, y emplea un medio fraudulento para substraerlos, hay un concurso aparente de leyes por subsidiaridad tácita¹¹⁷.

Habitual es que la anchurosa puerta de la infidelidad seduzca a los malversadores con el empleo de falsedades para conservar su fama de honestos, sea alterando o suprimiendo libros o cuentas, inventando registros, asientos o recibos, etc., por modo de encontrar o asegurarse de tal guisa un enriquecimiento subrepticio¹¹⁸. Cuando quiera que la falsedad documental sirva para ocultar la substracción, se tiene dos delitos; pero la regla de la impunidad del autoencubrimiento y el principio *nunquam ex post*

¹¹³ Op. et ed. cit., cfr. p. 725.

¹¹⁴ Welzel, op. et ed. cit., p. 555; asimismo, Dreher, op. et ed. cit., cfr. p. 1.080.

¹¹⁵ Cfr. Crespi, Stella y Zuccalà, op. et ed. cit., p. 811.

¹¹⁶ Cfr. Creus, 338, y la docta sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, fechada el 6 de octubre de 1983 y publicada en *Gaceta Jurídica*, número 42, pp. 89 y ss., cuyo redactor, el ministro Juan Guzmán Tapia, descarta el artículo 233 y da aplicación al 239, porque los agentes, empleados municipales que estaban a cargo de un programa de absorción de cesantía, obtuvieron engañosamente dineros públicos destinados a ese fin, para hacer otros gastos en pro del municipio e inversiones privadas.

¹¹⁷ *Lex principalis*, el artículo 233; véase, en este sentido, la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 23 de junio de 1994, en *Fallos del mes*, número 427, p. 372.

¹¹⁸ De hecho, el antiguo parágrafo 351 del Código alemán describía para estos casos un tipo calificado de malversación.

facto crescit praeteriti criminis imputatio, serán honrados únicamente si el funcionario vistió su hipocresía falsificando, según es sólito, documentos privados, pues el artículo 197 quedará absorbido en las graves penas del 233, mientras que la diversidad de los bienes jurídicos y las severas puniciones del artículo 193 imponen reconocer un concurso real en la misma hipótesis. Si, por su parte, la falsificación fue el medio para substraer, «es irrecusable la unificación jurídica»¹¹⁹, o sea, la absorción de la falsificación de documentos privados en el artículo 233¹²⁰ y la aplicación del artículo 75, inciso primero, cláusula final, cuando el medio fue la falsificación de documentos públicos.

Digamos para cerrar este apartado que es frecuente la continuación, de la que se ocupan numerosos fallos, sentando sus requisitos en el delito en palabra¹²¹.

6. Las penas y su determinación

De excepcional dureza, la pena de presidio se gradúa según el monto de lo substraído, y va de quinientos cuarenta y un días a tres años, en el número 1º, de tres años y un día a cinco años, en el número 2º, y de cinco años y un día a quince años de privación de la libertad en el número 3º del artículo 233. Lo propio acontece con la pena copulativa de multa, al paso que la privativa de derechos (para toda clase de cargos y oficios públicos y profesiones titulares, pues la inhabilitación es absoluta), que se extiende en sus tramos temporales de tres años y un día a diez años, puede alcanzar la

¹¹⁹ Carrara, op., vol. et ed. cit., p. 39.

¹²⁰ Véase, de nuevo, la excelente sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, citada en nota 116, que desplaza, si bien por especialidad, el artículo 197, para que prevalezca la ley preponderante, en ese caso, el artículo 239. En contra, divisando un concurso ideal impropio, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en 8 de agosto de 1988, *Gaceta Jurídica*, número 99, p. 91.

¹²¹ V. gr., sentencias de las Cortes de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda (*Gaceta Jurídica*, número 48, p. 108), La Serena (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXVII, 1980, pág. 58), Santiago (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXVII, 1991, p. 95), así como el desafortunado fallo de la Corte Suprema (*Fallos del mes*, número 486, pp. 763-764), que fija con relativa precisión esos requisitos, pero inexplicablemente somete la malversación continuada al artículo 75, cosa que desvirtúa el sentido de esta ficción jurídica, cuyo signo de benignidad es de todos conocido, y en lugar de favorecer al reo, como correspondía, acabó por perjudicarlo.

perpetuidad, y ha de imponerse en todo caso, sin que interese a qué grado de la de presidio acompañe. El «artificioso y anticuado» sistema de graduación de las responsabilidades a base de la cuantía¹²², combatido en Europa desde finales del siglo XVIII, sobrevive en Chile con el beneplácito del legislador actual, que en las Leyes números 19.450 y 19.501, mentadas antes, no ha hecho sino darle un rotundo espaldarazo.

En abstracto, esto es, a menos que estén presentes dos circunstancias atenuantes, las penas privativas de la libertad señaladas en los números 2º y 3º del artículo 233 no pueden ser substituidas por la condena de ejecución condicional ni la reclusión nocturna, las que, en cambio, proceden sin ambages en el número 1º. La libertad vigilada tendrá espacio en los números 1º y 2º, pero no para las penas del número 3º, a menos que dos atenuantes y ninguna agravante permitan rebajarlas en un grado. La libertad condicional para el malversador que haya cumplido la mitad de su condena no está sujeta a limitaciones. Por su parte, la suspensión de cargo y oficio público, pena única en el artículo 234, se extiende de sesenta y un días a tres años, e incluye los tres grados señalados en el artículo 56.

En ausencia de motivos específicos de agravación o atenuación —que no los hay—, repárese en que las agravantes comunes 7ª (abuso de confianza) y 8ª (prevalimiento del carácter público del culpable) del artículo 12 son inherentes al peculado y, por lo mismo, no pueden influir en la determinación de la pena. Tampoco parece que quepan las demás agravantes del art. 12, ni siquiera la reincidencia. El malversador que substrahe bienes con miras a hacerse de una prenda extrajudicial u otra garantía indebidas, no menos que el que, a sabiendas de que no le es lícito, pretende compensar con ellos cantidades que le adeuda el fisco, pueden invocar fructuosamente la circunstancia atenuante de haber obrado por celo de la justicia (artículo 11, 10ª). Ya se ha dicho que el reintegro configura la atenuante de la reparación celosa del mal causado (artículo 11, 7ª).

¹²² Quintano Rípolles, *Comentarios al Código penal*, ed. cit., p. 722.

VII. LA DISTRACCIÓN DE FONDOS

1. Generalidades

El delito de distracción de fondos, descrito en el artículo 235¹²³, es conocido también como *residuus* o *crimen residuorum*. Y es que en Roma, para dulcificar un tanto el cruel castigo del peculado propiamente dicho, nació una forma impropia de malversación cuyo propósito era sancionar con más benigno talante al administrador o tenedor de fondos públicos que no los invertía en el uso que tenían determinado, los aplicaba a uno diverso o que, después de hechas las cuentas, «retenía los restos o residuos del dinero recaudado por él»¹²⁴ —en lo que enraíza el nombre del ilícito—; dentro del año siguiente a la rendición, al que hubiera tomado dinero de la comunidad se tenía por la ley romana como un simple deudor del fisco, y sólo transcurrido ese término quedaba sujeto a la acción pública del delito en cuestión¹²⁵.

De la mano de esta categoría surgió en el peculado la diferencia entre conductas de sustracción y distracción, al estimarse que ciertos funcionarios, particularmente los tesoreros, eran deudores de cantidad, no de especie, y por esta razón en Italia se llama *vuoto di cassa* (desfalco de caja) la apropiación de una cantidad de dinero u otras cosas fungibles con la intención de restituirlas dentro del plazo de la rendición de cuentas. Cuando se lanzó en esta materia la manzana de la discordia que concede importancia al dualismo sustracción-distracción, se cimentó también los enfadosos problemas que genera hasta el día de hoy el distinguir entre peculado y residuo, así como otros escollos hermenéuticos de la infracción que pasamos a examinar.

¹²³ «Artículo 235: El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa del diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere sustraído.— No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233.— Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinticinco por ciento de la cantidad sustraída, sin perjuicio del reintegro».

¹²⁴ Carmignani, op. cit., p. 497.

¹²⁵ Mommsen, op. cit., cfr. p. 473.

2. Análisis de los tipos

El delito de residuo está estampado en dos tipos delictivos, necesariamente dolosos. El tercer párrafo del artículo 235 describe la forma básica de la infracción, al paso que la especie calificada, en el párrafo uno, surge cuando la actuación irroge un daño o entorpecimiento al servicio público.

- a) *Actividad típica*. Puesto que sujeto activo y objeto material coinciden con los del peculado, vayamos directamente al verbo rector de la distracción de fondos¹²⁶.

Tanto en Chile como en otros muchos ordenamientos de stirpe romanista, la actividad típica de este delito ha permanecido —digámoslo con la brillante prosa de Bettiol— «*avvolta in un alone di mistero e di incertezza*»¹²⁷. El quicio de la aporía radica en el significado que debe acordarse a su núcleo, aplicar a usos propios o ajenos los bienes puestos a cargo del empleado, y a la naturaleza jurídica de su reintegro por él.

Dos doctrinas se disputan este terreno. La teoría subjetivista es la más antigua. Ya Pachecho preconizó que si el del peculado «habla de la sustracción definitiva, absoluta, después de la cual no se piensa hacer nada», el presente artículo «habla de una distracción interina de fondos, con ánimo o intención de reponerlos»¹²⁸. Álvaro Bunster Briceño, el más conspicuo representante de esta postura en Chile, explica que en el residuo el agente subtrae transitoriamente los caudales, a fin de aplicarlos a usos propios o ajenos, mas con el propósito inicial de llegar a restituirlos¹²⁹. El designio original de reponer oportunamente los fondos es también destacado por Labatut Glena¹³⁰, para quien aplicar es sinónimo de distraer, o sea, destinar una cosa a un fin distinto de aquel a que estaba afecta, Del Río¹³¹ y, sobre

¹²⁶ La palabra fondos, esto es, el conjunto de bienes que posee una persona o comunidad, significa lo mismo que caudales o efectos, como en el artículo 233.

¹²⁷ *In tema di interesse privato in atti di ufficio*, en la *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*. Giuffrè, Milano, 1968, pp. (633 y ss.) 633.

¹²⁸ *El Código penal concordado y comentado*. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera. Edisofer, Madrid, 2000, p. 940.

¹²⁹ Op. cit., cfr. pp. 71-72.

¹³⁰ Op., vol. et ed. cit., cfr. p. 81.

¹³¹ Op. et vol. cit., cfr. p. 188.

todo, la jurisprudencia. La sentencia de la Corte Suprema fechada el 7 de mayo de 1980, cuya composición débese al desaparecido profesor Luis Cousiño Mac Iver, consigna, cual hoy uniforme parecer del superior tribunal, que los verbos rectores utilizados en los artículos 233 y 235 «difieren substancialmente: en el primer caso, la acción que se realiza es la de *substraer* o consentir que otro substraiga esos bienes; en el otro, en cambio, consiste en *aplicar* a usos propios o ajenos los mismos. Por ende, en una hipótesis, la actividad está dirigida *finalmente* a la apropiación [...]; en la segunda, tan sólo a la distracción o uso indebido. Como consecuencia de lo dicho, el delito configurado en el artículo 233 importa una apropiación o substracción de los fondos, mientras el precepto del artículo 235 significa un uso indebido o substracción temporal, por lo cual es indispensable la presencia del ánimo de reintegrar»¹³².

Esta inteligencia del precepto comporta dos corolarios: primero, que el sujeto tiene que substraer los fondos, al igual que en el peculado —el propio Código lo reafirma al calificar como «substraídas» las cantidades ilícitamente aplicadas por el empleado infiel—, y, de suyo, se los apropia, porque no es factible dar a la cosa una aplicación diferente de la prevista por la Administración sin apropiarse antes de ella (del mismo modo que la acción de distraer, en el artículo 470, 1º), y, en seguida, que esa substracción ha de ir acompañada de un elemento subjetivo de lo injusto, el ánimo de reintegrarla tempestivamente. El reintegro, esto es, la restitución de la misma cosa substraída, cuando se trate de especies no fungibles, o de igual cantidad, si en numerario recayó la actuación¹³³, no representaría un elemento del tipo, pues el delito está consumado «cuando se perfecciona la substracción con el ánimo de integrar [...], y no por la existencia del reintegro»¹³⁴, sino una semiexcusa absolutoria, que releva al hechor de las graves

¹³² *Fallos del mes*, número 258, p. 108.

¹³³ Digamos por inciso que únicamente en Alemania, llevados por ese rigorismo al que suelen entregarse sus penalistas, se sostuvo que el dinero recibido por el empleado adquiriría la condición de cosa no fungible, descartándose el delito sólo en los casos en que el cambio del dinero de caja por otro no hubiese representado perjuicio alguno para la caja; y así, el trueque de moneda acuñada en metales preciosos por papel moneda de idéntico valor nominal, realizado en épocas de crisis monetaria, pasó a ser malversación. Cfr. Werner, en op., vol. et ed. cit., pp. 712-713.

¹³⁴ Bunster Briceño, op. cit., p. 81.

penas del peculado y lo somete a las más templadas del *crimen residuorum*. A su vez, el peculador que subtrae sin el propósito de reintegrar, mas luego muda oportuna y eficazmente su tendencia interna, es decir, reintegra a tiempo, no puede, según esta tesis, ver alterada su responsabilidad por el delito que perpetró, que es siempre el del artículo 233, pero sí beneficiarse de la atenuante de la reparación celosa del mal causado, como declara aquel fallo del máximo tribunal¹³⁵.

Por su parte, la teoría objetivista procura hacer tesoro de los puntos débiles que columbra en la concepción que combate, a la que ha objetado un quebrantamiento del principio *factum infectum fieri nequit* y que el hecho posterior del reintegro es incapaz de producir el milagro jurídico de transformar un acto cuya adecuación típica quedó ya irrevocablemente fijada con la realización de su núcleo, la distracción de los fondos, en el muy distinto que señala el artículo 233. «Una cosa es afirmar que la devolución, efectuada a su debido tiempo, dificulta bastante la prueba de la distracción y del dolo concomitante, y otra es decir que la intención de devolver convierte la substracción en distracción y basta para eliminar la acusación de peculado [...], doctrina peligrosísima, que puede servir de fácil excusa a todos los malversadores», sentenció Carrara¹³⁶. El objetivismo, que deniega plaza a los ánimos de apropiación y de reintegrar en los artículos 233 y 235, respectivamente, postula que la conducta delictuosa señalada en la segunda disposición («aplicar») consistiría en una substracción seguida de reintegro. «De este modo, si se sustrae y no se reintegra, el delito, objetivamente, en nada se diferencia de la sustracción, y por esa razón las penas son las mismas que las del artículo 233»¹³⁷, que describiría una substracción

¹³⁵ La concepción subjetivista ha reinado sin contraste en España (cfr., por todos, Suárez Montes, en *loc. cit.*, pp. 858-859) y, con algunas variantes y *servata distantia* de las diferencias entre los Códigos, también en Italia (cfr. Fiandaca y Musco, op. et vol. cit., pp. 139-140).

¹³⁶ Op., vol. et ed. cit., p. 25. Desde la otra trinchera se replica, con Bunster Briceño, op. cit., p. 79, que en tales casos el delito no cambia de naturaleza, puesto que la «acción de uso indebido no puede —por hecho posterior— ser convertida en una acción de substracción». O sea, no verificado el reintegro, el delito sigue siendo el del artículo 235, «pero se le aplica la penalidad determinada en el artículo 233», como reza la citada sentencia de la Corte Suprema.

¹³⁷ Etcheberry Orthusteguy, op., vol. et ed. cit., p. 241.

sin reintegro. Desgraciadamente, no campea entre los partidarios de esta doctrina uniformidad de pareceres en lo que hace a la naturaleza del reintegro. Para Etcheberry Orthusteguy sería una circunstancia atenuante enquistada en el tipo, «cuyo efecto es el drástico cambio en la penalidad señalado en el art. 235»¹³⁸; Matus Acuña y Ramírez Guzmán parecen inclinarse por una condición objetiva de punibilidad¹³⁹, y Daniel Schweitzer, con la jurisprudencia más antigua, ve en el esquivo extremo un elemento del tipo, lo que parece más congruente con los puntos de partida de la interpretación objetivista¹⁴⁰.

Pero si de pergeñar milagros se trata, también ésta, *malgré elle*, los ejecuta, y aún más prodigiosos, porque rompe la correspondencia entre el dolo y la actividad objetivamente realizada por el autor, para atender exclusivamente a la última, según que el primero haya reintegrado o no, cualquiera que haya sido su voluntad en el momento del acto. Entonces, o el tipo salta por los aires, irreconciliablemente escindidas sus facetas objetiva y subjetiva, o bien la culpabilidad que él demanda no se adecua al esquema rector: más allá de las preferencias sistemáticas de cada quien, la doctrina deja un regusto insatisfactorio. Cuando, en cambio, se sostenga, como nos parece correcto: 1) que la aplicación a fines privados de los caudales implica, *velis nolis*, distraerlos, y «*distraer*, en su significación penalística, tanto significa como apropiación»¹⁴¹; 2) que, de suyo, es atípico en Chile el peculado de uso, esto es, el empleo temporal e indebido de cosas no fungibles, que permanecen en la esfera de disposición del ente público —como el automóvil asignado a deberes oficiales, que la autoridad usa con propósitos ajenos al servicio—, a cuya represión bajo el *residuus*, empero, conduce insensiblemente la tesis objetivista; 3) que el *resultado* de la distracción de fondos es, precisamente, la aplicación ilícita sin daño o entorpecimiento del servicio, haya habido o no reintegro de los caudales, de forma que la existencia de ese perjuicio, asociada a la falta de reintegro, engendra la hipótesis calificada del párrafo primero del artículo 235, que se pune

¹³⁸ Ídem, p. 242.

¹³⁹ Op. et ed. cit., cfr. p. 210.

¹⁴⁰ Por un «requisito específico de este delito» se pronuncian también, últimamente, Rodríguez Collao y Ossandón Widow, op. cit., cfr. p. 389.

¹⁴¹ Jiménez Huerta, op., vol. et ed. cit., p. 432.

como peculado, mas sigue siendo residuo; 4) que quien distrae aquello que tiene en su poder necesariamente lo subtrae —hasta el punto que, extremando un tanto las cosas, se ha escrito que la distracción es el *genus* conceptual de la apropiación¹⁴²—; y 5) que, en consecuencia, si media un divorcio entre peculado y residuo, él estriba en esa apropiación transitoria, para fines particulares, de los caudales, denotada en el giro «aplicar a usos propios o ajenos», habrá que concluir que lleva razón la tesis subjetivista. En verdad, es la disposición anímica del hechor la que funda el *minus* de injusto de la distracción de fondos, aunque la Administración juegue aquí con una doble ventaja frente al resto de los justiciables, pues, por un lado, producido el reintegro, sanciona lo que hubiera quedado impune en una común apropiación indebida (arrepentimiento eficaz del que distrae y luego repone antes de ser descubierta su impostura), y, por otro, eleva groseramente las penas al desventurado que quiso desde un principio reintegrar y que, más tarde, no pudo hacerlo por la causa que fuere.

Sentado ya nuestro criterio, es de añadir que no hay limitaciones para los medios de ejecución, como en el peculado, y que no es posible la comisión por omisión, ya que sancionar al funcionario que permite a un tercero que emplee los caudales en sus negocios particulares llevado del propósito de restituirlos, implicaría desvirtuar la *ratio* del privilegio del artículo 235 respecto del 233, convirtiendo la especie atenuada en una forma agravada de malversación¹⁴³. Por último, los usos indebidos pueden ser aquellos propios del funcionario o los de un tercero. En ninguna de las hipótesis es necesario que el empleo obedezca a designios lucrativos: tanto comete distracción de fondos el servidor público que coloca los caudales en un depósito a interés o los concede en préstamo fructuoso a otra persona, como el que los destina a mejorar o simplemente deslavar su imagen pública, a la financiación de una campaña electoral o al servicio de intereses generales de su partido político.

- b) *Otros requisitos del tipo; el resultado.* Expresado está que el ánimo de restituir configura un elemento subjetivo de lo injusto amadrigado en la figura legal. La ausencia de daño o entorpecimiento del servi-

¹⁴² Así, Pagliaro, op. et ed. cit., cfr. p. 40.

¹⁴³ De otra opinión, Bunster Briceño, op. cit., cfr. p. 74, y, en España, Muñoz Conde, op. et ed. cit., cfr. p. 779, quienes admiten la omisión impropia.

cio público es elemento constitutivo de la forma básica del delito, en el inciso tercero, cuya cláusula final («sin perjuicio del reintegro») no transmuta el reintegro, del accidente del delito que es, en parte integrante de éste, sino alude a la obligación civil de reponer. Por eso las penas del peculado se aplican sólo para la forma agravada, en el párrafo primero de la disposición, cuando, faltando el reintegro, la aplicación indebida fuere con daño o entorpecimiento del servicio público¹⁴⁴. En todo caso, ese daño o entorpecimiento «ha de ser distinto de los inherentes y necesarios a la malversación misma, en cuanto privación temporal del dinero o efectos utilizados indebidamente por el funcionario. Ha de tratarse de un menoscabo de ella derivado o de un entorpecimiento concretamente perjudicial al buen orden, fines y regular curso de la Administración pública»¹⁴⁵.

En cuanto al resultado, debe distinguirse su disímil presentación en los incisos tercero y primero. En el tipo básico, coincide con la aplicación indebida; en el calificado, con el daño o entorpecimiento adicionados a la aplicación. Hemos expuesto ya que el reintegro es sólo un accidente del delito descrito en el párrafo primero, y que carece de otras consecuencias que las civiles en la imposición de las penas del párrafo final del artículo.

¹⁴⁴ Cfr. Busnter Briceño, op. cit., p. 92. Adviértase, empero, que la opinión mayoritaria considera que, no verificado el reintegro, deben imponerse siempre al malversador las penas del artículo 233, abstracción hecha de un daño suplementario al servicio. En tal sentido, Labatut Glena, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 82, y Etcheberry Orthusteguy, op., vol. et ed. cit., cfr. pp. 241-242.

¹⁴⁵ Suárez Montes, en *loc. cit.*, cfr. 860. Este, por lo demás, representa el criterio unánime en la doctrina y jurisprudencia españolas, que, por imponerlo así la redacción del viejo Código de ese país, el cual se servía del seco giro causalista «resultare daño o entorpecimiento», convenían, también, en que la especie agravada del *crimen residuorum* era un delito calificado por el resultado (ibídem). Y aunque voces análogas se han dejado sentir en Chile, somos de la opinión de que así la diversa redacción del tipo chileno como, muy especialmente, la prohibición constitucional de presumir de Derecho la responsabilidad criminal, imponen la conclusión de que ese daño o entorpecimiento es el resultado de la infracción del párrafo primero, y debe estar captado por el dolo del autor.

3. El problema del reintegro. Despejada ya la cuestión de su naturaleza jurídica, procede esclarecer los caracteres y la oportunidad del reintegro

Ni que decir tiene que para verificarlo ha de conocerse la cantidad exacta por reponer¹⁴⁶. El reintegro, por ende, debe ser total e incondicionado¹⁴⁷. Pero acerca del momento hay opiniones encontradas: antes del descubrimiento de la sustracción por la autoridad administrativa, según Bunster Briceño¹⁴⁸, de iniciarse la acción criminal contra el inculcado¹⁴⁹ o en cualquier instante que permita tenerlo por acreditado en el proceso y tomarlo en consideración al dictarse la sentencia definitiva¹⁵⁰. En esto conviene recordar que el artículo 85 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República presume *iuris tantum* que el funcionario que no presenta debidamente documentado, al ser requerido por el organismo fiscalizador, el estado de la cuenta de los fondos que reciba, custodie, administre o pague, ha sustraído dichos valores, de lo que puede inferirse, *sensu contrario*, que el reintegro realizado antes del requerimiento «excluye toda posibilidad de perseguir criminalmente al funcionario por este delito, sin perjuicio de las sanciones administrativas»¹⁵¹. La jurisprudencia es vacilante. Mas dado que el reintegro es sólo una semiexcusa absolutoria, entendemos que su *dies ad quem* será el que preceda la acusación del Ministerio público con arreglo al artículo 259 del Código procesal penal¹⁵².

¹⁴⁶ Rodríguez Devesa, op. et ed. cit., p. 1.187.

¹⁴⁷ Eso sí, no necesita hacerse de una sola vez. Una sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena otorga relevancia al descuento mensual sobre el salario del empleado, siquiera, por ser tardía la devolución, sólo para acoger la atenuante de la reparación del mal. Cfr. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXVII, 1980, p. 51.

¹⁴⁸ Op. cit., cfr. p. 85.

¹⁴⁹ Cfr. Labatut Glena, op., vol. et ed. cit., p. 82, y Del Río, op. et vol. cit., p. 189.

¹⁵⁰ Cfr. Etcheberry Orthusteguy, op., vol. et ed. cit., p. 243.

¹⁵¹ Matus Acuña y Ramírez Guzmán, op. et ed. cit., p. 209.

¹⁵² La sentencia de la Corte Suprema, en 6 de diciembre de 1985 (cfr. *Fallos del mes*, número 325, p. 889), que recoge este temperamento y diseña a su calor la frontera entre peculado y distracción de fondos, reputa como «un índice altamente significativo para determinar la intención que ha animado al agente al sustraer los caudales [...] la oportunidad en que efectuó el reintegro [...], pues [...] es diversa la denotación que implica una restitución según se efectúe con prontitud o tardanza, o según sea realizada antes del comienzo o en las postrimerías de la investigación judicial». El fallo, que condena al reo por *residuum*, admite el reintegro hasta aquéllas, pues en su mayor parte había sido hecho antes del proceso penal.

4. Culpabilidad

La distracción de fondos, tanto en su forma básica como en la calificada, demanda dolo directo, atendida la pareja exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto, el ánimo de restituir. Las representaciones del agente deben abrazar su condición de funcionario, el hecho asimismo normativo de tener los fondos a su cargo, la calidad jurídica de estos últimos, la aplicación ilícita y, según se trate del tipo básico o del calificado, la falta o presencia del daño para el servicio público; no así el propósito de reintegrar, cuyo emplazamiento es la tendencia interna trascendente del malversador. Los principios generales trazados a propósito del peculado, pueden traerse aquí a colación en el tema del error.

5. Accidentes del delito

a) «Iter criminis»

«La consumación tiene lugar en el momento en que se lleva a cabo la aplicación, aunque medie posterior reintegro»¹⁵³. Y como este último yace fuera de la descripción legal, parece inconcebible la tentativa: «si la distracción ya se efectuó, está consumado el delito; y si aún no se ha efectuado, es probable que no salgamos de la esfera de los actos preparatorios»¹⁵⁴. A análogos corolarios arriba la tesis objetivista¹⁵⁵.

- b) *Autoría y participación*. Se puede dar por reproducido en ello lo dicho sobre el particular en materia de peculado. Agreguemos solamente que la participación de *extranei* debiera regirse por el artículo 470, número 1º, en relación con el 467, número 3º, admitido que en la actividad del funcionario que distrae estén presentes los elementos de la apropiación indebida (en especial, el ánimo de lucro y el perjuicio patrimonial del ente público). Mantener la unidad del título de imputación, ya defenestrada con respecto al peculado, no se condice con las penas especiales aquí previstas para el funcionario, que trastornan el tratamiento punitivo del *extraneus* partícipe, quien no puede ser alcanzado por ellas —la inhabilitación especial y la suspensión,

¹⁵³ Sánchez Ocaña, en op. cit., p. 730; cfr., además, Bunster Briceño, op. cit., p. 78.

¹⁵⁴ Carrara, op., vol. et ed. cit., pág. 43.

¹⁵⁵ Cfr. Matus Acuña y Ramírez Guzmán, op. et ed. cit., cfr. p. 210.

incluso reducidas según las reglas generales, conciernen a cargos que esos sujetos no poseen—. Pero visto que tampoco resuelve satisfactoriamente el problema tomar como base el artículo 467, 3º, porque la reducción de las penas de cómplices y encubridores los deja a merced de una privativa de la libertad (prisión), sin nombrar que la del instigador (presidio menor en su grado mínimo y multa) supera, cualitativamente hablando, las privativas de derechos que amenazan al autor, sugerimos tener como baremo la contravención de apropiación indebida, en el artículo 494, número 19º, y, por consiguiente, someter al instigador a la pena allí señalada (multa), rebajar a la mitad la del cómplice, cual ordena el artículo 498, y dejar impune al encubridor. La pena pecuniaria para instigadores y cómplices debe ser la general del artículo 494, no la del último inciso de esta disposición, ya que ajustarla al valor de lo malversado supondría unos montos superiores a los que debe sufragar el autor. Parécenos que así se pone a buen recaudo la racionalidad y el equilibrio valorativo del ordenamiento, evitando la abstrusa situación de punir más a quien hizo menos.

- c) *Concursos de leyes y de delitos*. Párese mientes en que, a diferencia de lo visto en el peculado, la falsificación de documentos realizada para cometer u ocultar la distracción de fondos, genera un concurso de delitos —ideal impropio y real, respectivamente—. Asimismo, la continuación y el concurso real de sustracciones sucesivas, de tan común ocurrencia en el peculado, deben tratarse en la especie como casos de unidad de la acción, es decir, constituyen un solo delito, atendida la exigencia del reintegro.

6. Las penas y su determinación

La lenidad de las puniciones retrata la historia de este delito. La suspensión prevista para la forma básica se extiende de un año y un día a dos años, mientras la de inhabilitación, en el párrafo primero, de cinco años y un día a siete años. Ambas afectan al cargo o empleo específicos del funcionario; y no obstante la independencia de la responsabilidad disciplinaria respecto de la penal, entendemos que las correcciones impuestas al sujeto de resultados del sumario administrativo que se instruya, han de ser forzosamente inferiores a las que prevé este artículo, so riesgo de desvirtuarlas merced a una eventual duplicación, o lo que sería peor, agravarlas —la destitución, en particular, está de lleno prohibida, pues sus efectos supe-

ran con largueza los de carácter temporal queridos por la legislación punitiva—. A su turno, la pena copulativa de multa es un porcentaje de la cantidad malversada, por lo cual ésta debe determinarse con toda precisión. La naturaleza de estas penas y los bienes jurídicos que disminuyen en el condenado, las hacen enteramente ajenas a los substitutivos de las cortas de privación y restricción de la libertad; lo mismo sucede en los artículos 236 y 237.

La opinión según la cual la atenuante de la reparación celosa del mal causado estaría ínsita en el reintegro, siendo entonces incompatible con la figura del artículo 235¹⁵⁶, parécenos harto cuestionable, como quiera que la reparación puede referirse a todo el mal del delito —por no mencionar sus ulteriores consecuencias perniciosas, esto es, otros efectos, diversos del injusto típico, conectados causalmente con él—. Ciertamente es que el manejo irregular de los caudales malversados es algo que ya no tiene arreglo, pero sí puede el culpable hacer un esfuerzo serio para reobrar sobre el daño sufrido por el ente público en el tipo calificado. Si, pongamos por caso, como consecuencia de la distracción la biblioteca fiscal en que trabaja el malversador se vio en la imposibilidad de adquirir a buen precio ciertos volúmenes, podría aquél poner de su bolsillo la diferencia, amenguando así el entorpecimiento del servicio.

VIII. LA APLICACIÓN PÚBLICA DIFERENTE

1. Generalidades

Nómbrese el delito descrito en el artículo 236 del Código chileno¹⁵⁷ como aplicación pública diferente —a veces, también, desviación o destino indebidos de fondos públicos—, y basa su individualidad en que, a diferencia de los ya estudiados, el funcionario no substrahe los caudales para someterlos a fines ajenos al servicio, sino los aplica a un propósito distinto del que tenían asignado, mas siempre público, bienes que, por tal motivo,

¹⁵⁶ Etcheberry Orthusteguy, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 243.

¹⁵⁷ «Art. 236: El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento».

permanecen dentro de la esfera de actividad patrimonial de la Administración, circunstancia que justifica el tratamiento más benigno que recibe semejante conducta respecto de la sustracción y la distracción de fondos.

El delito, muy español, ha penetrado por influjo hispano en los Códigos brasileño y portugués, amén de otros más directamente enfeudados en el solar ibérico, siquiera también en Italia, donde falta un tipo específico para estas situaciones, se ha debatido la posibilidad de encuadrar en el peculado la destinación arbitraria de cosas públicas para algún provecho asimismo público¹⁵⁸.

2. Análisis de los tipos

La aplicación pública diferente está diseñada en un tipo básico, cuando el acto no irroque perjuicio o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse los bienes, y otro calificado, de darse ese menoscabo ulterior. Hay coincidencia en Chile y España en orden a que la última especie configura un delito calificado por el resultado.

- a) *Sujeto activo*. A los requisitos generales que ya conocemos, el sujeto activo de esta especie de malversación debe sumar la administración de los caudales como función asociada a su puesto. Parte de la doctrina divisa una simetría entre este elemento normativo del tipo y el «tener a cargo los fondos», esencial para los delitos anteriores¹⁵⁹; sin embargo, el grueso de los criminalistas de la cultura jurídica iberoamericana exige algo más, a saber, una relación de disponibilidad sobre aquéllos, conforme a las disposiciones pertinentes del Derecho administrativo¹⁶⁰. Este poder jurídico de disposición atañe a la facultad del empleado de invertir los caudales en las finalidades que quiere del Derecho, pero no implica que deba detentarlos en

¹⁵⁸ Cfr. Antolisei, op., vol. et ed. cit., p. 772, y Fiandaca y Musco, op. et. vol. cit., pp. 47 y ss.

¹⁵⁹ De tal opinión, Bunster Briceño, op. cit., cfr. p. 117.

¹⁶⁰ Cfr. Soler, op., vol. et ed. cit., p. 233; Fragoso, *Lições de Direito penal*. Parte especial. 2 vols. Forense, Rio de Janeiro, t. II, 1ª ed., 1989, p. 425; Polaino Navarrete, en *Manual de Derecho penal* (Parte especial), dirigido por Cobo del Rosal. 4 vols. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, t. IV, 1994, p. 384; Etcheberry Orthusteguy, op., vol. et ed. cit., p. 244, etc.

persona. Advierte Creus¹⁶¹, con razón, que quien sólo posee la facultad de imputar, no tiene la de disponer, de suerte que el contable o encargado de un centro de costos que trasladan ciertas sumas de una partida presupuestaria a otra, siendo un superior suyo el que en definitiva las invierte, no son autores de este delito —reserva hecha de su responsabilidad como partícipes—. Es factible la administración compartida y, con ello, la coautoría.

- b) *Actividad típica.* En la cláusula que la encierra («dar a los caudales una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados») aparece un complemento normativojurídico de superlativa importancia, el cual, juntamente a la calidad del sujeto activo, pasa a ser el presupuesto básico del delito: los fondos han de tener asignado un destino¹⁶². Esta consideración recomienda examinarlo antes de la actividad típica que en él se apoya.

Son las normas administrativo-presupuestarias las que tienen la palabra aquí, sobre todo, la Ley de presupuestos del Estado, seguida de las de jerarquía inferior que le sirven de desarrollo y la hacen operante, es decir, los reglamentos, órdenes e instrucciones que las autoridades competentes dicten o impartan a sus subordinados. Ahora, «salvo que se trate de materia dejada a la discrecionalidad administrativa, la ordenación legal de las inversiones públicas es estrictamente vinculante»¹⁶³. Mas por esas potestades discrecionales hay que transitar con pie plúmbeo. Si el destino fuese genérico, por ejemplo, «para el Servicio de Salud X», queda en efecto librada a la prudencia del administrador el preferir uno u otro, aunque siempre dentro del servicio, pues el cambio de género —o séase, llevar los caudales a uno distinto, del mismo u otro Poder del Estado— constituye malversación. Habiendo una imputación específica, o como expresa el tipo, teniendo los caudales un objeto, éste es el que manda, *ad extra* —la inversión en otras partidas al interior del propio servicio—, pero también *ad intra: v. gr.*, cuando al administrador es ordenado aplicar los fondos al mantenimiento de inmuebles fiscales, no se le faculta, con todo, para gastarlos en la construcción de una cocina o un recibidor de lujo para sus amigos empleados, que

¹⁶¹ Op. cit., cfr. p. 319.

¹⁶² Cfr. Fontán Balestra, op. et vol. cit., p. 320.

¹⁶³ Suárez Montes, en *loc. cit.*, p. 861.

aquéllos ocupan, ni para amoblar regiamente las dependencias oficiales de sus camaradas, que todo esto cabe dentro del tipo de injusto¹⁶⁴. Sólo cuando «el destino de los caudales o efectos no ha sido legal, reglamentaria o administrativamente determinado, no puede existir malversación»¹⁶⁵.

El nuevo destino que arbitrariamente excogitó el administrador tiene que ser público, esto es, propio de la Administración y sus fines de beneficio colectivo —del modo y en la medida en que éstos son diseñados por los Derechos político, constitucional y administrativo del país—. No bastan aquellos que lo sean genéricamente, mas sin estar reconocidos por el Estado como de la incumbencia de sus reparticiones públicas. Por tanto, tampoco perpetran este delito, sino los de distracción de fondos o, en su caso, peculado, quienes ordenan obras públicas con fines de propaganda electoral, para cortar un paro o una manifestación de opositores al gobierno de turno, gastan oblicuamente las partidas que se les asignó en denostar adversarios políticos o subvencionar en cualquiera forma las actividades de su partido, desvían fondos que corresponden a Universidades del Estado hacia entes particulares de instrucción o enseñanza, etc. Por lo demás, hace tiempo que peculado y *residuus* viven en muchos países, bajo estas corrosivas y súbdolas prácticas, una prolongada primavera¹⁶⁶, cuya cifra negra es casi tan empinada como ancho el manto de impunidad que, por desconocimiento de las posibilidades interpretativas del tipo, ampara las genuinas aplicaciones públicas diferentes¹⁶⁷. Supuesto que la inversión irregular se oriente en parte a fines públicos y en lo demás hacia el bolsillo del pícaro o de sus validos, surge un concurso aparente de leyes por consunción, en que prevalece la figura más grave, el artículo 235 o bien el 233, según proceda.

Dicho esto, la actividad delictuosa en cuanto tal, de claro signo comisivo, dar aplicación, demanda la real inversión o gasto de los caudales. La orden o resolución de erogarlos, es decir, su mera imputación, significa

¹⁶⁴ Luego veremos que éste puede convivir con designios lucrativos, propios o ajenos.

¹⁶⁵ Creus, op. cit., p. 317.

¹⁶⁶ Esa *stagione d'oro* denunciada por Fiandaca y Musco, op. et vol. cit., cfr. p. 140.

¹⁶⁷ De la magra jurisprudencia reciente sobre el artículo 236 y sus diferencias del 235, cfr. la sentencia de la Corte Suprema de 9 de enero de 1997, en *Fallos del mes*, número 458, p. 876.

penetrar en el núcleo, mas no aún conjugarlo enteramente¹⁶⁸. Es, en cambio, atípico de cara a esta disposición el abstenerse de invertir los fondos en el destino que tenían prefijado, a menos que el hecho configure el delito del artículo 237.

- c) *La arbitrariedad de la inversión y el problema del ánimo de lucro; el resultado.* Siguiendo una observación de Pacheco¹⁶⁹ la Comisión Redactora incorporó el adverbio «arbitrariamente», «a fin de que no se comprendan en este artículo aquellos cambios que hicieren los empleados subalternos a virtud de órdenes superiores y procediendo con arreglo a la ley»¹⁷⁰. La expresión, empero, tiene un significado más amplio que el que quiso insuflarle el legislador histórico. Se trata de un elemento normativo del tipo que adelanta a éste la antijuridicidad de la acción —una «impaciencia del legislador», en la nomenclatura de Jiménez de Asúa—, semejante al que estampa el Código portugués («sin que especiales razones de interés público lo justifiquen»), y, como en éste, determina que las causas excluyentes de la ilicitud funcionen como situaciones de atipicidad¹⁷¹. En este sentido se pronuncia, también, la doctrina mayoritaria¹⁷².

El ánimo de lucro no es parte integrante del injusto típico. Pero de ahí a asegurar que la aplicación pública diferente en modo alguno coloca bajo sospecha la probidad del funcionario¹⁷³, que en ella se «descarta cualquier finalidad que sea de lucro o de aplicación particular de los bienes para el autor o para terceros»¹⁷⁴, media un paso tal vez excesivo. Nada impide que

¹⁶⁸ Cfr. Polaino Navarrete, en op. últ. cit., p. 384; Etcheberry Orthusteguy, op., vol. et ed. cit., p. 244; Matus Acuña y Ramírez Guzmán, op. et ed. cit., p. 221; Soler, op., vol. et ed. cit., p. 233; Creus, op. cit., p. 317.

¹⁶⁹ Op. cit., cfr. p. 942.

¹⁷⁰ *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno*, cit., p. 344.

¹⁷¹ Cunha, en op. et vol. cit., cfr. p. 720.

¹⁷² Cfr. Bunster Briceño, op. cit., p. 121; Etcheberry Orthusteguy, op., vol. et ed. cit., p. 245; Labatut Glena, op., vol. et ed. cit., p. 82; por su parte, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, op. et ed. cit., p. 221, opinan que el proceder arbitrario denota capricho, antojo, falta de razón o motivo, y redundaría en la culpabilidad retratada en el acto.

¹⁷³ Como suponen Matus Acuña y Ramírez Guzmán, *ibidem*.

¹⁷⁴ Creus, op. cit., p. 317.

un celado trasfondo crematístico u obscuras apetencias personales informen las decisiones del malversador, para satisfacer indirectamente sus deseos o los de terceros. Más arriba, al tratar de la actividad típica, hemos aportado algunos ejemplos; llegando aquí, plácenos añadir otros: compra de automóviles para el uso de autoridades, con fondos destinados a la adquisición de mobiliario de oficina; abono de viáticos o celebraciones a costa de la compra de máquinas o instrumentos; viajes a congresos y otros cónclaves vinculados con materias del servicio, en Chile o el extranjero, a expensas de programas de construcción de viviendas sociales u absorción del desempleo, etc. Para qué seguir.

El resultado de la infracción es la aplicación de los caudales o efectos, en los términos explicados anteriormente. La forma básica supone que esto ocurra sin menoscabar el servicio u objeto en que debían ser invertidos los fondos; que aquéllos reportasen un beneficio objetivo de la acción, carece de importancia¹⁷⁵. El daño o entorpecimiento resultantes, en la forma agravada, es una inconstitucional cualificación por el resultado «que no tiene que ser abarcada por el dolo del autor»¹⁷⁶.

3. Situaciones de justificación

Recuérdese lo dicho *supra* sobre el elemento de la arbitrariedad, que transforma estas situaciones en hipótesis de falta de adecuación típica.

Así, la orden formal y substancialmente legítima del superior elimina la antijuridicidad del obrar del subordinado, que no es arbitrario, como demanda la ley, de suerte que el cumplimiento de un deber (artículo 10, número 10º) impide la adecuación típica. Escapan a este principio la ratificación sucesiva, por orden del superior, de la inversión ilícita, que está ya irremediablemente consumada¹⁷⁷, así como la orden previa que sea legítima sólo en su continente: el mandato antijurídico de obligatorio cumplimiento para el subordinado, al que éste opone la *remonstratio*, insistido por el superior en la forma escrita que determina el artículo 56 de la Ley

¹⁷⁵ Cfr. Labatut Glana, op., vol. et ed. cit., pp. 82-83, y Del Río, op. et vol. cit., p. 189.

¹⁷⁶ Muñoz Conde, op. et ed. cit., p. 780.

¹⁷⁷ Cfr. Creus, op. cit., p. 321. Puede constituir encubrimiento.

número 18.834, sobre Estatuto administrativo, libera de responsabilidad al que lo cumplimentó (obediencia jerárquica como causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta), responsabilidad que recaerá por entero en el superior.

También el estado de necesidad justificante (artículo 10, 7º) opera como causa de atipicidad, y se presentará, por lo común, cuando el funcionario tenga que afrontar acontecimientos, naturales o derivados del quehacer humano, que representan inminentes y mayores males que los que pueden derivar del desorden administrativo en la esfera patrimonial del Estado, por ejemplo, atender los mantenimientos básicos de prisiones, hospitales, hogares de menores o centros de educación, el pago inaplazable de remuneraciones a los servidores del Estado, proveer lo indispensable durante catástrofes u otras calamidades y emergencias que afecten a la comunidad, etc.¹⁷⁸. Sin embargo, la mera circunstancia de gozar alguna partida presupuestaria de un superávit, no justifica al funcionario que sin aquellos preeminentes motivos traslada los caudales a otras asignaciones, a menos que lo impongan legítimos requerimientos del propio servicio; no lo es, por cierto, «preparar» el presupuesto del año venturo, abultándolo a partir de lo sufragado sin necesidad en el ejercicio anterior.

4. Culpabilidad

La aplicación pública diferente requiere dolo directo, de primer o segundo grado, porque la arbitrariedad de la acción, así condiciona el injusto típico como repercute en la culpabilidad, manifestada en la forma más intensa del dolo¹⁷⁹. La representación falaz de lo arbitrario de la aplicación es un error indirecto de prohibición.

5. Accidentes del delito

- a) «*Iter criminis*». Hay autores que recusan la posibilidad de la tentativa, por estimar que este es un delito de peligro, desde el momento que

¹⁷⁸ Opinión unánime. Por todos, cfr. Creus, op. cit., pág. 320; Rodríguez Devesa, op. et ed. cit., p. 1.187; Díaz Palos, en *loc. cit.*, p. 823; Muñoz Conde, op. et ed. cit., p. 779.

¹⁷⁹ Coincidentes, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, op. et ed. cit., p. 221; discrepante, Creus, op. cit., cfr. pág. 321: basta el dolo eventual.

no exige la producción de un deterioro patrimonial para la Administración¹⁸⁰. Nosotros, que lo tenemos por uno de menoscabo contra la gestión y disposición rectas de sus recursos económicos, la creemos concebible, supuesto que se haya ordenado o dispuesto formalmente el cambio de destino de los fondos y en tanto en cuanto éstos no sean invertidos¹⁸¹. Pero el mero guardar o dejar reservados los fondos con la mira de gastarlos en un objeto distinto, es un acto preparatorio impune; así lo ha resuelto antañona jurisprudencia¹⁸².

- b) *Autoría y participación*. La aplicación pública diferente es un delito especial propio, siendo, pues, inútil buscarle correspondencia con uno común. De forma que autor directo, coautor y autor mediato serán sólo los sujetos cualificados, o sea, quienes administren los caudales. La punibilidad de particulares y *extranei* en general como partícipes en sentido estricto es muy controvertida, lo mismo que a propósito de cualquier delito de este jaez. La admiten algunos¹⁸³ y rechaza, con razón, Bunster Briceño¹⁸⁴, pues a diferencia de otros ordenamientos el Código carece de una cláusula general que resuelva estas situaciones, de forma que extender la pena al partícipe *extraneus* equivaldría a imponerle una no reconocida por el Derecho, en franco desprecio del *nulla poena sine lege* y el norte teleológico de la disposición, que la ciñe a unas funciones que el particular jamás podría quebrantar. Semejante solución no tiene por qué contrariar el sentido común, ya que reverencia la economía valorativa de esta especial categoría de delitos y, sobre todo, rinde cumplido homenaje a la legalidad que rige todos.

¹⁸⁰ Creus, op. et ed. cit., cfr. p. 318.

¹⁸¹ Igual criterio, en Fragoso, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 426, y Prado, op. et vol. cit., cfr. p. 391.

¹⁸² Puede confrontársela en Del Río, op. et vol. cit., p. 191.

¹⁸³ Por ejemplo, Etcheberry Orthusteguy, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 208, y Grisolia Corbatón, op. cit., p. 23: «el hecho de determinar la calidad personal la *substantividad misma* del ilícito, nos inclina por la solución de la punibilidad del extraño, aunque restringidas las hipótesis a los casos de coautoría en figuras de «varios actos», a la instigación y a la complicidad».

¹⁸⁴ Op. cit., cfr. pp. 33 y 35.

Sin embargo, nada se opone a la participación punible de funcionarios que sin tener carácter de administradores posean cualquier facultad de decisión sobre los bienes, si la utilizan para colaborar en la actividad del autor, induciéndolo —por ejemplo, con una imputación presupuestaria—, ayudándolo —haciendo la vista gorda al control que deben realizar de la orden de disposición— o encubriendo sus fechorías.

- c) *Concursos de leyes y de delitos*. Son, *mutatis mutandis*, semejantes a los que vimos en la distracción de fondos.

6. La pena y su determinación

Decididamente inferior a las de la sustracción de caudales, la única pena del tipo calificado se aproxima peligrosamente a la sanción del *residuum* (como en el inciso tercero del artículo 235, la suspensión del empleo va de un año y un día a dos años; en la forma básica o fundamental, la suspensión, más recatada, se extiende de sesenta y un días a un año). La Comisión Redactora desechó la pena de multa que consultaba el modelo español, decisión que permitió preservar la menor entidad axiológica de la aplicación pública diferente.

La atenuante de reparar con celo el mal causado no puede anular el irregular manejo de los caudales malversados, que queda como un hecho histórico no susceptible de modificación; pero el culpable puede, como en el artículo 235, hacer un esfuerzo serio para moderar el daño sufrido por el ente público, es decir, la cualificación por el resultado.

IX. LA DENEGACIÓN DE PAGO O ENTREGA

1. Generalidades

La denegación de pago o entrega, en el artículo 237¹⁸⁵, representa una singularidad del antiguo Código hispano. Ausente en el de 1995, el delito sobrevive en pocos países —la Argentina es uno de los escasos ejemplos—,

¹⁸⁵ «Artículo 237: El empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rebusare hacerlo sin causa bastante, sufrirá la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio.— Esta disposición es aplicable al empleado público que, requerido por orden de autoridad competente, rebusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración».

abrumado por la inveterada crítica de que oculta una de las que Giacomo Delitala llamó «sospechas de delito» (aquí, de substracción o distracción de fondos), y por el exiguo contenido antijurídico de estas conductas, en las que «late una mera infidencia administrativa vinculada a puras abstenciones del funcionario obligado a entregar una cosa o hacer un pago»¹⁸⁶. Todo lo cual, mientras halla condigno reflejo en la casi nula jurisprudencia disponible sobre él, impone rigurosa concisión a su glosa.

2. Análisis del tipo

La disgregación de las actividades delictivas y sus correspondientes objetos materiales en los dos párrafos de la disposición no debe hacer pensar que estamos ante una pareja de delitos, porque se trata de la misma figura, construida como tipo de formulación mixta alternativo.

- a) *Sujeto activo y objeto material*. Las cualidades para él requeridas penden de su relación funcional con los objetos materiales. En el primer párrafo del artículo 237, tiene que ser un tenedor de fondos del Estado, es decir, un funcionario pagador dotado de fondos para pagar. Si entre sus funciones no se cuenta precisamente ésta, o si, poseyéndola, carece de fondos expeditos —la mera existencia contable de los caudales no basta—, su negativa al pago debe considerarse atípica¹⁸⁷. En el párrafo segundo, autor es el funcionario que detente, por su competencia administrativa, una cosa puesta bajo su custodia o administración. Remitimos al lector a lo que dijimos en materia de peculado, aunque conviene insistir en nuestra anterior admonición, en el sentido de que «la entrega hecha «en confianza» al funcionario no lo constituye en posible sujeto activo de este delito»¹⁸⁸.

El objeto sobre el que recae la acción son fondos o cosas. Los fondos, que equivalen a caudales o efectos, pueden pertenecer al Estado, o bien a los municipios o establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, por mandato del artículo 238. Están, pues, excluidos, los fondos de particulares. Las cosas serán cualesquiera

¹⁸⁶ Díaz Palos, en *loc. cit.*, p. 823.

¹⁸⁷ Cfr. Pacheco, *op. cit.*, p. 942; Creus, *op. cit.*, p. 361; Vera, *op. cit.*, p. 430.

¹⁸⁸ Creus, *op. cit.*, p. 366.

bienes muebles de significación pecuniaria que estén a cargo del empleado, pertenezcan al ente público o a particulares¹⁸⁹.

- b) *Actividad típica*. Caben dos posibilidades. Rehusar el pago significa negarse el empleado a realizarlo. Toda la doctrina está conteste en que ésta es una simple omisión¹⁹⁰. Pero en el rehusar la entrega, actividad asimismo omisiva, se adiciona un presupuesto previo, porque el funcionario debe haber sido requerido por orden de autoridad competente. Esto hace pensar a muchos criminalistas que la conducta del recalcitrante sería una hipótesis privilegiada del delito de resistencia, del artículo 252, inciso primero, con olvido, empero, de que el que nos ocupa no tiene por objeto proteger el funcionamiento interno de la Administración en lo que concierne a la jerarquía y la disciplina que deben informarla, sino la correcta gestión de los medios económicos con que ella cuenta. Esto aparte, la orden tiene que ser de entregar —no, pongamos por caso, de exhibir o presentar— y legítima, en forma y fondo.

La modalidad concreta que adopte la omisión no está vinculada a ninguna en particular, por lo cual el rehusarse puede ser tanto explícito —un tajante no— como implícito —la demora en pagar más allá del *dies ad quem* previsto para cada caso, o el abstenerse de dar la orden—, cuestión que asume importancia en la denegación de pago, que no demanda requerimiento previo y en la que, en consecuencia, la mera omisión de cumplir la obligación correlativa será lo corriente¹⁹¹.

- c) *Otros elementos; el resultado*. Los pagos denegados, también elemento normativojurídico de la figura legal, podrán ser tanto ordinarios, esto es, aquellos que la Administración efectúa periódicamente con cargo a asignaciones predeterminadas (*v. gr.*, sueldos), como extraordinarios, que son los dispuestos por una resolución especial de la autoridad (por ejemplo, a proveedores, a la parte gananciosa en un pleito judicial, al contribuyente al que se devuelve tributos, etc.). El

¹⁸⁹ Cfr. Suárez Montes, en *loc. cit.*, p. 864.

¹⁹⁰ Cfr. Bunster Briceño, *op. cit.*, p. 124; Quintano Ripollés, *Compendio de Derecho penal*, vol. cit., pág. 189; Sánchez Ocaña, en *op. cit.*, p. 732, etc.

¹⁹¹ Por eso escribe Suárez Montes, en *loc. cit.*, p. 863, que la negativa del funcionario tampoco sería elemento constituyente de la no verificación del pago.

gerundio «debiendo» y la cláusula «sin causa bastante», que rigen ambos párrafos de la disposición, anticipan al tipo la valoración antijurídica del acto, y por eso la omisión por causa legítima (artículo 10, 12º) opera en la especie como causa de atipicidad.

Tratándose de un puro delito omisivo, el resultado se produce con la denegación por parte del agente, quien, al no producir el efecto jurídicamente esperado —el pago o la entrega oportunos—, lesiona el bien jurídico. Ulteriores deterioros para la Administración no son necesarios.

3. Situaciones de justificación (o atipicidad)

Más arriba se dijo que la omisión por causa legítima surte esta vez el efecto de impedir la adecuación típica de la abstención del funcionario. La aprobación jurídica se dará en no pocos casos, como la incompetencia del superior que ordena entregar, ser inexistente la deuda cuyo pago reclame un tercero, estar incompletos, erróneos o adulterados los documentos, plantillas o facturas cuya solución se pide, la falta de imputación presupuestaria para hacer el pago, etc.

4. Culpabilidad

Este delito supone dolo directo, pues la falta de causa legítima para rehusarse debe estar incorporada en las representaciones y voliciones del malversador. Los errores sobre la existencia de la obligación de pagar y el tiempo en que ha de cumplirse, la situación de los bienes por entregar, el requerimiento formulado para ello, la competencia de la autoridad que dictó la orden, etc., son errores de tipo. Pero el empleado que supone falsamente que hay una causa legítima que ampara su abstinencia, incurre en un error indirecto de prohibición.

5. Accidentes del delito

Tratándose de un delito de simple omisión, es inconcebible la tentativa¹⁹². Como la aplicación pública diferente, éste es un delito especial propio, de donde se sigue que los problemas de la autoría y participación son

¹⁹² Cfr. Creus, op. cit., pp. 361 y 366, y Sánchez Ocaña, en op. cit., p. 732.

análogos en ambos casos. En cuanto a los concursos, el más importante es el que se presenta con las restantes y más graves formas de malversación, particularmente el peculado, de las que la denegación de pago o entrega se recorta en una relación de subsidiaridad tácita¹⁹³. Con el delito de resistencia, el concurso es por especialidad (*lex specialis*, el 237, inciso dos), siempre y cuando la orden de entregar proceda de un superior en el mismo servicio.

6. La pena y su determinación

Emplazada entre las del tipo básico y el calificado de la aplicación pública diferente, en el presente caso los grados de la pena de suspensión van de sesenta y un días a dos años. Es factible la atenuante de impedir ulteriores consecuencias perniciosas del mal propio del delito.

¹⁹³ Cfr. Suárez Montes, en *loc. cit.*, p. 863, y Muñoz Conde, op. et ed. cit., p. 780.

EL DELITO DE PECULADO

ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL

Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Ecuador

I. ORIGEN Y ACEPCIÓN ETIMOLÓGICA

El origen de este tipo de delito lo encontramos en el Derecho Romano, con el nacimiento del denominado *Crimen Repentundarum* o crimen de prevaricación), que es el tipo delincuencial genérico dirigido a frenar los abusos de los funcionarios públicos, y el ánimo o finalidad era recuperar las cantidades de dinero exigidas por los funcionarios públicos en sus prácticas extorsivas. Luego surge el llamado *Crimen Peculatus* y el *Crimen Concussionis*.

Dice el prof. GUISEPPE MAGGIORE que «el *peculatus* – de *peculari* – significaba robar los causales públicos, tiene su origen también en la palabra *pecunia* que quiere decir dinero. Era la apropiación cometida por funcionario público o privado de los valores o dineros custodiados en las arcas públicas». Al delito que conocemos actualmente como *Malversación* (invertir mal) se lo denomina como *Crimen de residuis*, que era dar otro destino al fondo público. SEBASTIAN SOLER nos recuerda que este delito, estaba previsto en el Derecho Romano como una forma de hurto agravado, junto al denominado *Sacrilegium* que era el hurto de las cosas sagradas de los dioses, entendiéndose por Peculado a todas las defraudaciones contra la cosa pública.

El maestro FRANCESCO CARRARA, manifestaba que etimológicamente derivaba de la palabra *Pecus* que significaba rebaño o ganado que es objeto del fraude, y el llamado *Peculatus* que aparecía como un hurto de los fondos públicos.

Hoy se asocia el delito de peculado al tema de la corrupción en el ejercicio de la función pública, junto a tipos penales como los de cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, al punto de que se ha dictado una Convención Interamericana contra la Corrupción¹ y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003). En Ecuador y de acuerdo con el Art. 122 de la Constitución Política vigente desde 1998, «... la acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados...» Estas características de la imprescriptibilidad y del juzgamiento en ausencia, generan profundos debates y hondas discrepancias.

II. CONCEPTO DEL DELITO DE PECULADO

La concepción de este tipo de delito es doctrinariamente uniforme, aún la división que planteaba don FRANCESCO CARRARA de *Peculado Propio* y *Peculado Impropio* es un buen referente, para resolver los casos en que confluye la presencia de funcionarios públicos y ciudadanos particulares. Entendemos por peculado el abuso de dineros públicos que efectúa un funcionario público a quien le han sido confiados o entregados para que les de un empleo o uso determinado, y se apropia de los mismos. Es igualmente peculado el abuso en beneficio de un tercero. Cuando nos referimos al abuso de dineros públicos, pensamos en la figura de la apropiación indebida pues el funcionario público recibe el dinero o la administración de los fondos públicos para darle un empleo o uso determinado, y en el ejercicio de la función pública o con ocasión de ella, abusa de su ejercicio, apropiándose de los dineros de los que es custodio. Como expresamos en líneas *ut supra*, el abuso de los dineros públicos puede ser en beneficio de un tercero.

Cuando interviene un particular en este tipo de delito que es de *mano propia* o de *sujeto activo calificado*, el particular incurre es una suerte de hurto de dineros públicos que no le han sido consignados. En lo personal hemos mantenido y mantenemos el criterio de que no puede darse la figura o el tipo penal del Peculado si no hay la participación de un funcionario públi-

¹ Ratificada por el Ecuador, según consta en el Registro Oficial No. 70 del 22 de mayo de 1997, y publicada en el Registro Oficial No. 83 del 10 de junio de 1997.

co, que en ejercicio de cargo abuse de los dineros públicos. Si el particular se apropia de dineros públicos sin la participación de un funcionario público, cometerá un delito contra la propiedad como el de hurto, robo, estafa o apropiación indebida. La conducta del particular no es impune, sino que debe ser adecuada correctamente al tipo penal sancionador.

Para el profesor MAGGIORE «es la apropiación de dinero o de cosa mueble perteneciente a la administración pública, cometido por un funcionario público o encargado de un servicio público que por razón de su cargo está en posesión de esos bienes. Hay ofensa al deber de fidelidad del funcionario para con la administración pública». Dice SOLER que «el concepto de peculado es muy simple: consiste en extraer lo que en la caja está, en impedir que ingrese lo que como funcionario público se recibe para hacerlo ingresar, finalmente en emplear los fondos públicos en uso privado». El ilustre penalista argentino, se ubica en la línea de quienes sostienen que el peculado consiste en la apropiación indebida de los caudales públicos por la persona a cuya custodia han sido encomendados.

En realidad es una verdadera forma de defraudación, porque hay el empleo del abuso de la función, con la diferencia que recae sobre determinados bienes considerados como de pertenencia de la administración pública efectuado por una persona, funcionario público o no, que los recibe el razón del cargo o de la calidad que ostenta, para darle un empleo o uso determinado.

Por nuestra parte hemos dicho que el peculado se constituye por la apropiación de fondos o caudales públicos o privados, especialmente determinados, (como dineros que se encuentran en los bancos privados), cometidos por funcionarios públicos o personas encargadas de un servicio público, que defraudan o abusan de la confianza en ellos depositada, apropiándose de los bienes recibidos en razón de su cargo.

a) Elementos del peculado

El Art. 257 del Código Penal de Ecuador, contiene los elementos estructurales del delito de peculado, tal disposición es aplicable a « los servidores de los organismos públicos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que hubiese abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en

virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante... Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa...»

SURGEN COMO ELEMENTOS:

1.- Sujeto activo, que sólo puede serlo el servidor o servidores que manejen fondos de los bancos estatales o privados y funcionarios de la Superintendencia de Bancos o del Banco Central que hubieren intervenido en el seguimiento, monitoreo o control del manejo de dichos recursos. Es válido que por servidor se entienda a todos los empleados del sistema financiero sin distingo alguno, vale decir a los funcionarios, administradores, ejecutivos, empleados y a aquellos que ejercen funciones de administración y dirección.

2.- Sujeto pasivo, es el Estado, pues como persona jurídica sufre el impacto depredador en sus bienes o efectos que lo representen, como consecuencia de un manejo doloso o abusivo de las funciones por parte de quienes administran los recursos del Estado bien de manera directa porque los tienen bajo su poder o custodia, o porque pueden disponer de los mismos en razón de la función que desempeñan. Es igualmente sujeto pasivo, el público o ciudadanía en general, que pierde sus recursos por el manejo abusivo de los administradores bancarios a quienes se ha confiado sus depósitos, ahorros o inversiones.

3.- El objeto material, se constituye por los dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo.

4.- El verbo rector, al que la doctrina del tipo penal identifica como el núcleo del tipo, se constituye por el abuso de los fondos públicos o privados por cualquiera de sus formas modales, esto es mediante desfalco (que es el faltante en la rendición de cuentas), disposición arbitraria (que es el destino no autorizado), o cualquier otra forma semejante de abuso, con

lo cual de crea una especie de tipo penal abierto que debe ser completado en cada caso en particular.

Abusa quien hace un mal uso, o un uso excesivo, injusto, impropio o indebido de algo o de alguien.

5.- El resultado, se configura por el efecto o consecuencia del ejercicio abusivo del cargo o función que determina una apropiación o distracción en beneficio propio o de terceros. No quepa duda que la acción de apropiarse o distraer en provecho propio o ajeno el dinero, o las cosas muebles, o valores, etc., que se encuentran físicamente en su poder o custodia o de los que puede dar la orden de disposición por razón del cargo o servicio, y que pertenecen a la administración pública (al Estado), deviene en un perjuicio que es el resultado material objetivamente cuantificable.

Se apropia quien toma una cosa ajena como si fuese propia o abusa de la misma en beneficio de un tercero.

b.- El actuar con dolo.

Vale decir que el agente actúa con plena conciencia y voluntad. Es decir que se representa el resultado como cierto o razonablemente probable (elemento representativo) y dirige su actividad para la consecución inequívoca del resultado propuesto (elemento volitivo). Es admisible que actúe dolosamente quien a sabiendas le da un uso o destino no autorizado a los dineros o efectos que los representen, los mismos que se encuentran bajo su poder o custodia o de los que puede disponer en razón de la función que ejerce, (criterio de la funcionalidad).

c.- El bien jurídico protegido.

Está constituido por la fe pública es decir por la confianza o credibilidad que deposita el Estado en el funcionario o servidor público. Sin duda se sanciona la falta de probidad o fidelidad del funcionario o encargado de un servicio público que abusa de la función, bien en provecho propio o de un tercero, el mismo que se traduce en un perjuicio para el Estado que le confió la función o administración. Es por ello que el delito de peculado ha sido ubicado por la doctrina penal como un delito contra la administración pública de la que se abusa por parte de la persona en quien el Estado ha depositado su fe o confianza.

Los dineros materia del perjuicio son disponibles por parte del funcionario o encargado de su administración, sin que fuese necesario que se

encuentren físicamente entregados a su custodia. La facultad de disposición no exige que se encuentren materialmente en sus manos, sino que se pueda abusar de los dineros públicos mediante, por ejemplo, la orden, el consejo o el mandato.

El tipo penal examinado -Peculado- previsto tanto en el Código Penal como en una Ley Especial como es la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, es una forma modal del abuso de dineros públicos, del que no pueden ser autores ni coautores los particulares o empresarios privados, porque se trata de aquellos delitos denominados de sujeto activo calificado o de «propia mano». Es un tipo penal impropio para los particulares, pues es de suficiente conocimiento que el art. 257 del CP reformado menciona como elementos objetivos del tipo penal los que siguen:

1. Que el sujeto activo tenga la calidad de empleado público o persona encargada de un servicio.
2. Que hubiese abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o en razón del cargo.
3. El abuso puede consistir en desfalco, apropiación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

Se pretende sancionar la falta de fidelidad del funcionario o empleado público o del encargado de un servicio público que vulnera la confianza que en él deposita el Estado. En la legislación penal ecuatoriana el elemento subjetivo del tipo requiere un actuar doloso, vale decir que el agente obre «con el querer de un resultado típico», esto es que se represente el resultado dañoso como cierto o como probable y que actúe voluntaria o intencionalmente en su consecución.

En el Ecuador no está aún previsto como delito el peculado culposos, éste es el que es cometido por imprudencia, descuido o negligencia sino que el agente debe obrar a sabiendas o con plena conciencia y voluntad.

Pero con respecto al funcionario o empleado público se requiere la presencia del elemento normativo de la funcionalidad, esto es que abuse de bienes que se encuentren bajo su custodia con ocasión del cargo, y que el abuso tenga lugar en el ejercicio del mismo, esto es cumpliendo funciones propias.

III. BREVE DOCTRINA SOBRE PECULADO

Por ser ilustradores cito los siguientes criterios doctrinarios sobre la materia:

Para el profesor argentino SEBASTIÁN SOLER, «será preciso que el funcionario desempeñe el cargo en algunas de sus calidades que el derecho administrativo contempla, en virtud de disposición legal o de forma de nombramiento, y será preciso que el cargo, dentro de las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, lleve consigo la custodia de los fondos malversados. Este requisito es tanto más imperativo entre nosotros, cuanto que la expresión teniendo a su cargo hacer en este delito las veces de las expresiones abusando de su oficio u otras semejantes que se emplean en otros delitos. Si el empleado público sustrae fondos que no estén a su cargo, o que lo están pero no en razón de sus funciones, sino por encargo temporal o accidental, o simplemente de hecho, cometerá una apropiación indebida, o un hurto simple o cualificado por abuso de confianza, pero no esta figura delictiva»².

En criterio de don FEDERICO PUIG PEÑA, «La expresión por razón de sus funciones, debe interpretarse en el sentido de que el funcionario tenga los caudales por disposición de la ley: si los recibe de alguien que voluntariamente se los entrega -aunque lo haga por la confianza que le inspire el cargo- no comete este delito»³.

Para el profesor colombiano ANTONIO JOSÉ CANCINO MORENO «Para que el delito de peculado se estructure es absolutamente necesario que el sujeto activo administre los bienes en razón de funciones claramente expresadas en la ley. La orden, la costumbre, el hábito no pueden tenerse como fuente de esa funcionalidad concreta»⁴.

El penalista uruguayo FERNANDO BAYARDO, interpreta la locución en razón del cargo que también consta en el código de su país, de la siguiente manera: en sentido estricto debe entenderse como una compe-

² Cf. Soler, Sebastián. «Derecho Penal argentino», Tomo V, Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1960.

³ Puig Peña, Federico. «Derecho Penal», Part. Esp., 5ª Edición, tomo III, Barcelona, 1960, pp. 87 y ss.

⁴ Cancino Moreno, Antonio José. «El Peculado», Temis, Bogotá, 1983, pp. 78 y ss.

tencia funcional, rigurosamente legal o reglamentaria, por ejemplo si se tiene dinero por un funcionario debido a la razón de competencia funcional atribuido por la ley o un decreto, como en el caso de los tesoreros.

«En sentido lato... en razón del cargo, significa toda posesión que tenga su origen en la función pública ejercida por el sujeto -por ejemplo si ocasionalmente se le da dinero a un funcionario público, sin que competencialmente le corresponda su tenencia -pero sólo si la posesión entra en la competencia propia del cargo puede existir la especial violación de los deberes funcionales que la ley incrimina en el peculado; en la segunda hipótesis propuesta, si el funcionario público se apropiara del dinero que se le dio en custodia, no por razón de su cargo, podría no haber peculado, sino apropiación indebida agravada»⁵.

Para el profesor colombiano don LUIS CARLOS PÉREZ, «cualquiera que sea la clase, el peculado sólo puede ser cometido por un funcionario público en ejercicio de las funciones encomendadas a él por ley, reglamento, contrato u órdenes especialmente impartidas por quien tiene autoridad para hacerlo. Las dos exigencias, esto es la del título de empleado y la de actuar dentro de la órbita de su competencia funcional, son inseparables e inmodificables, y no delinquen por el aspecto indicado quienes carezcan de dicho título como los usurpadores, o quienes poseyendo legítimamente, obran más allá de aquello que expresamente les estaba encomendado. En esta última situación el delito puede presentar la naturaleza de abuso de confianza»⁶.

El distinguido profesor peruano de la Universidad Mayor de San Marcos, don MANUEL A. ABANTO VASQUEZ, nos ilustra con un opúsculo⁷, al tiempo que critica el modelo de su país, pues en su opinión: «El **Código Penal peruano** constituye más que un modelo amplio; se puede decir incluso que es uno «amplísimo», sin que por ello sea más efectivo. En su pretensión de querer abarcarlo todo, el legislador peruano

⁵ Bayardo, Fernando. «Derecho Penal uruguayo», Montevideo, Uruguay, 1965, pp. 176.

⁶ Pérez, Luis Carlos. «Tratado de Derecho Penal», Tomo III, Temis, Bogotá, 1968, págs. 180 y ss.

⁷ Abanto Vasquez Manuel A. «El Tratamiento Penal de los Delitos contra la Administración Pública».

ha reunido una serie de figuras típicas en la parte especial, tomando fuentes e ideas distintas, lo cual crea serios problemas interpretativos.

Entre los múltiples ejemplos de mala técnica legislativa en esta parte del Código penal peruano, además de los vacíos que se analizarán más adelante, se pueden destacar los siguientes:

- a. La superposición de tipos penales que dificulta gravemente la delimitación interpretativa entre ellos. Así se tiene, como modalidad de «corrupción de funcionarios», a la «negociación incompatible» (art. 397), donde es punible el «interesarse por cualquier contrato u operación en que se intervenga»; pero existen dos modalidades de «concusión» muy similares: el «patrocinio ilegal» (art. 385), donde la conducta delictiva consiste en el «patrocinio de intereses particulares ante la administración pública»; y la llamada «colusión ilegal» o «fraude al Estado» (art. 384) que engloba los casos de «defraudación a la administración pública» en los contratos, suministros, licitaciones, etc. en los que intervenga el funcionario público; «concertándose con los interesados».
- b. La inclusión innecesaria y antitécnica de «cláusulas de extensión» de la autoría para los delitos de «fraude al Estado y patrocinio ilegal» (art. 386) y de «peculado» (art. 392). En el primer caso, el legislador incluso se ha «equivocado» en la enumeración de los sujetos «no-funcionarios» a los cuales se extendería la autoría, pues se refiere a «peritos, árbitros y contadores particulares», o sea sujetos que están obligados a la «imparcialidad» en su actuación ante la administración pública, tal como podría ocurrir, más bien, en un delito de «negociación incompatible» (art. 397) y no en los casos a los cuales se remite. Y en el segundo caso, la cláusula del art. 392 parece ser repetitiva, pues extiende la autoría de los casos de «peculado y malversación», entre otros, a «administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente aunque pertenezcan a particulares...», superponiéndose al concepto penal de «funcionario público» previsto en el art. 425, numeral 4 y que ya abarcaba los casos que tal cláusula quiere abarcar.
- c. Por último, en un intento de sobrerepresentación, se ha introducido posteriormente, en la parte general, una «agravante genérica» para todos los delitos cometidos por el «funcionario público aprovechando su condición de tal» (art. 46-A). En el caso de los delitos contra la administración pública, esta cláusula genérica es obviamente inne-

cesaria, porque aquellos tipos penales que prevén como autor a un «funcionario público» precisamente basan el injusto en el aprovechamiento o abuso de tal condición. El peligro práctico de esta cláusula está en que, si fuera mal utilizada (como es de temer en un medio donde la dogmática penal no tiene aún tanta difusión), podría llevar a la imposición de penas desproporcionadamente elevadas.

En el C. P. peruano, los tipos penales son divididos en dos grandes grupos: los delitos «cometidos por particulares» (arts. 361 a 375 C. P. peruano) y los delitos «cometidos por funcionarios públicos» (art. 376 a 401 C. P. peruano). Ya aquí hay una primera imprecisión pues ambos grupos no pueden separarse limpiamente en función de si es o no funcionario público el ejecutor del delito. En un delito «cometido por particulares» también puede ser autor un «funcionario público» (p. ej. la «usurpación de funciones» realizada por un funcionario público que ejerce funciones que no le corresponden). Y también puede ser autor de un «delito cometido por funcionarios públicos» un particular (p. ej. en el «cohecho activo» o en el «tráfico de influencias»).

Entonces, dentro de cada grupo se prevén figuras que, mayormente, son cometidas por administrados o, mayormente, son cometidas por funcionarios públicos. En el primer caso se trata de la «usurpación de funciones» (art. 361 y s.) y la «violencia y resistencia a la autoridad» (art. 365 a 373); pero también, de manera dudosa por su legitimidad, de los tipos de «ejercicio ilegal de la profesión» (art. 363 y s.) y «desacato» (art. 374 y s.). En el segundo, se tienen los casos de «abuso de autoridad» (abuso genérico, omisión de actos, denegación de auxilio, requerimiento indebido de la fuerza pública, abandono de cargo y nombramiento ilegal), «concusión y exacciones ilegales» (art. 382 a 386), el «peculado y malversación» (art. 387 a 392), «corrupción de funcionarios» (art. 393 a 401).

Es cierto que en el «control» o la «lucha» contra los delitos contra la administración pública, no son suficientes las herramientas penales; es más, la tarea de control más importante ni siquiera es penal. Como es sabido desde hace tiempo, por ejemplo en el caso de los delitos de «corrupción de funcionarios», la mejor manera de contenerlos consiste en garantizar una mayor «transparencia» en la actividad funcional, una mejor remuneración para los «funcionarios», una mejor regulación de las «incompatibilidades» para ejercer cargos públicos, etc. Pero se puede decir que también la «impunidad» retroalimenta, da alicientes, para la comisión más

frecuente de delitos contra la administración pública. Y aquí juega un papel importante, además del Derecho procesal y policial, sobre todo el Derecho penal⁸.

IV. LA PRESUNCIÓN DE CORRECCIÓN Y EL ONUS PROBANDI

En el caso de Ecuador la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC) y el Reglamento reconocen la presunción de inocencia prevista como una de las garantías del debido proceso en el Art. 24 numeral 7 de la Constitución Política de la República. Debemos recordar que el funcionario público que administra bienes del Estado está amparado por la **presunción de honestidad del funcionario** y por la **presunción de corrección de sus actos administrativos**. De cara a la historia debemos admitir que la vigente LOAFYC estableció tal presunción a diferencia de lo que ocurría con la suprimida Ley de Hacienda de 1960 que en el art. 304 afirmaba la necesidad de que para que un funcionario quedara libre de toda responsabilidad, debía contar con resolución escrita en tal sentido por el Contralor General. Esta suerte de **certificado oficial de buena conducta o de inocencia** enervaba la presunción de deshonestidad del funcionario y de incorrección de sus actos hasta prueba en contrario. Tal procedimiento era violatorio de la garantía constitucional que consagra el principio de inocencia y la presunción de la honradez y buena fama de todos los habitantes en el Ecuador.

En la vigente Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC) se tomaron en cuenta las preindicadas garantías constitucionales y se proclamó la presunción de corrección en su art. 325 que cito:

«Art. 325. Se presume legalmente que las operaciones y actividades llevadas a cabo por las entidades y organismos y por sus servidores, sujetos a esta ley, son confiables y correctas, a menos que haya precedido declaratoria de responsabilidad por parte de la Contraloría. En consecuencia no será necesario relevar formalmente de responsabilidades a las entidades y organismos, ni a sus servidores, con excepción de los casos en los cuales

⁸ El trabajo del profesor Abanto Vasquez, puede ser revisado en nuestra página web. En www.alfonsozambrano.com

han sido declarados responsables de irregularidades, perjuicios y desviaciones, por la Contraloría General, como consecuencia de la aplicación del control externo».

V. REFLEXIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PARTICIPACION

En la versada opinión del profesor EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, al referirse a la configuración jurídica de la concurrencia de personas, expresa: «como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada *participación (concurrencia o concurso) de personas en el delito*, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad. Cabe precisar que la expresión *participación*, tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, *participación* es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas *toma parte en el delito*, como *participantes* en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices e instigadores; b) en sentido limitado, se entiende por *participación* el fenómeno por el que una o mas personas *toman parte en el delito ajeno*, siendo *partícipes* sólo los *cómplices* y los *instigadores*, con exclusión de los autores»⁹.

Hay quienes piensan incluso, en la figura de un autor único para evitar discusiones en la concurrencia de personas en la comisión de un delito, pero a la postre resulta indispensable poder establecer nítidas diferencias entre el autor y los partícipes, pues el ejercicio real del poder punitivo estatal está condicionado a la calidad de las personas que concurren en la comisión de un delito, para poder imponer la pena respetando el principio de la proporcionalidad. Se consideran autores a quienes cometen el delito de propia mano, como bien dice el profesor GÜNTHER JAKOBS, «autor es siempre quien comete el hecho por si mismo, es decir quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito»¹⁰.

⁹ Zaffaroni Eugenio Raúl. «Derecho Penal. Parte General», Ediar, Buenos Aires. 2000, p. 735.

¹⁰ Jakobs Günther, «Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación». 2da. Edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 744.

El cómplice es el que participa en la comisión de un delito ayudando o cooperando con el autor, el autor que comete por si mismo un delito puede ser al mismo tiempo coautor junto con otro interviniente si este otro es responsable, en plano de igualdad por configuración. Como expresa el propio JAKOBS, «El Derecho Penal al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo»¹¹.

En la dogmática penal se llega a considerar a un partícipe con el mismo nivel de culpabilidad y de responsabilidad que el autor, pues en ocasiones la participación es de tal gravedad que sin su concurso el hecho no se habría producido.

En el ordenamiento penal ecuatoriano de acuerdo con el Art. 44 del Código Penal, se reputan como autores a aquellos partícipes sin cuya concurrencia el hecho no se habría producido, esto es lo que denominamos *cómplices primarios* o *necesarios*, vale decir que sin ser técnicamente autores se los reputa como tales para efectos de la determinación de la pena; como dice E.R. ZAFFARONI, « quienes hacen el aporte necesario y no pueden ser considerados autores, son precisamente los cooperadores necesarios, a quienes se les depara el mismo tratamiento punitivo que a los autores, y que se distinguen de los simples cómplices o cooperadores no necesarios»¹².

Se reserva la calidad de *cómplices secundarios* o *accesorios* a aquellos cuya participación es intrascendente, es decir que el hecho igualmente se habría producido sin su concurso; la *complicidad secundaria* es aquella a la cual se refiere el Art. 43 del Código Penal ecuatoriano.

En el concepto del prof. JAKOBS, uno de los icónos mas importantes del Derecho Penal en el siglo 21, « cuantas mas personas tomen parte, en menor grado puede bastar, contabilizada en absoluto, la aportación en

¹¹ Jakobs Günther, op. cit. p. 745.

¹² Zaffaroni, ob. cit., p. 736-737.

coautoría e incluso como configuradora en plano de igualdad: tal es la consecuencia en dogmática penal, del efecto anonimizador de la división del trabajo. Pero siempre hace falta *una aportación de la medida de las demás aportaciones*; pues, en la modalidad concreta, determina algo todo aquel que llega a ser causal de un delito, es decir, incluso un mero partícipe»¹³. Esto es, que el cooperador necesario, al menos si aporta su participación después del comienzo de ejecución, se convierte en coautor.

Por nuestra parte hemos sostenido y sostenemos que solamente quien tiene la calidad requerida en el tipo penal, como en este caso la de funcionario público o persona encargada de un servicio público, puede cometer el delito de peculado por tratarse de un tipo penal de *sujeto activo calificado*. El particular puede actuar como *cómplice primario* o *cómplice secundario*, según su grado de participación. En estos delitos de *mano propia* el particular responde como un auxiliar o cooperador del autor.

VI. LA NORMATIVA DE ECUADOR

Art. 257.- *(Sustituidos, conjuntamente con los Arts. 258 y 259, por el Art. 396 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, R.O. 337, 16-V-77; agregado el último inciso por el Art. 31 de la Ley 93, R.O. 764-S, 22-VIII-95; agregado el tercer inciso por el Art. 19 de la Ley 99-26, R.O. 190, 13-V-99; sustituido el inciso primero por el Art. 17 de la Ley 2001-47, R.O. 422, 28-IX-2001).- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.*

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superinten-

¹³ Jakobs, ob.cit., p. 751.

dencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos.

Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán, además, perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado, el fallo a la Oficina Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un servidor bancario. El Director de la Oficina Nacional de Personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Oficina Nacional de Personal un registro en que consten los nombres de ellos.

La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el artículo 101.

Con la misma pena serán sancionados los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas, que hubieren intervenido en Actos de Determinación.

Notas:

- *Las funciones de la Dirección General de Rentas fueron asumidas por el Servicio de Rentas Internas a partir del 1 de enero de 1998, según la Primera Disposición Transitoria de la Ley de creación del Servicio de Rentas Internas (R.O. 206, 2-XII-97).*
- *La Oficina Nacional de Personal fue suprimida (R.O. 143, 7-III-89; R.O. 11-S, 25-VIII-98).*
- *La denominación actual de la Superintendencia de Bancos es Superintendencia de Bancos y Seguros (R.O. 465-S, 31-XI-2001).*

Art. 257A.- *(Incorporado por el Art. 20 de la Ley 99-26, R.O. 190, 13-V-99).- Serán reprimidos con reclusión de cuatro a ocho años las personas descritas en el artículo anterior que, abusando de sus calidades, hubieren actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones. La misma pena se aplicará a*

los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero.

A partir de la vigencia de la actual Constitución (10 de agosto de 1998), el peculado puede ser juzgado en ausencia y es imprescriptible, sobre el tema de la prescripción exponemos algunos criterios de seguido, anticipando nuestra opinión contraria a la imprescriptibilidad de los delitos y de las penas.

a) Fundamentos doctrinarios de la prescripción.

Frente a las dudas que puedan surgir por la imprescriptibilidad en el caso de Peculado, y su pretendida aplicación a los casos en trámite o ya juzgados, debemos consignar que el ejercicio del poder punitivo estatal tiene límites temporales, que deben ser celosamente respetados para consolidar la vigencia plena de un Estado de Derecho. El juzgamiento de los criminales de guerra *nazis* luego de la segunda guerra mundial, permitió la imprescriptibilidad, el juzgamiento por tribunales de excepción, la vulneración del principio de la irretroactividad de la ley penal, y una situación real de indefensión, bajo el argumento histórico de decir no a la impunidad, y de sancionar lo que hoy conocemos como *crímenes de Estado* y como *crímenes de guerra*.

El Estado ecuatoriano a partir de la expedición de la Constitución Política del 11 de agosto de 1998 reconoce como uno de los derechos civiles, el derecho a la *seguridad jurídica* y al *debido proceso* (Art.23, Nos. 26 y 27), y trata *in extenso* los principios rectores y las garantías del debido proceso en el Art. 24, en cuyo No. 1 garantiza el derecho de toda persona para ser juzgada del acuerdo con la ley preexistente al tiempo de los hechos, vale decir, de acuerdo con la ley vigente al tiempo de la comisión del delito. De manera que si una ley vigente al tiempo de la comisión de un hecho delictivo tiene un límite de validez temporal, vencido el cual opera la prescripción o renuncia obligatoria del Estado al ejercicio de su poder punitivo, esta garantía constitucional es de forzoso y obligatorio cumplimiento. Ni siquiera una ley posterior y de excepción podría limitar o violentar un derecho constitucional adquirido que es parte de las garantías del *debido proceso*, como bien señala el profesor JAKOBS¹⁴, al comentar La

¹⁴ Cf. Jakobs, ob.cit., p 82-83.

sujeción a ley y validez temporal, dice: « el comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos sino *por anticipado y con validez general*, precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho.

El principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable: especialmente, también la prescripción ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no». Agregamos por nuestra parte que una ampliación del plazo de la prescripción o una pretendida interrupción de la misma mediante una ley que pretenda irradiar sus efectos retroactivamente, es contraria al Estado de Derecho; y, violenta el principio de la irretroactividad de la ley sustantiva o adjetiva en perjuicio del reo.

Los jueces están obligados a respetar el **principio de sujeción a la ley**, cuyos efectos pueden ser así resumidos: 1. La determinación de la punibilidad tiene que llevarse a cabo mediante ley (*lex scripta*). 2) La ley tiene que determinar la punibilidad (*lex certa*), debiendo entender por punibilidad el estar un hecho conminado o no con pena, y la medida de esta (*lex stricta*). 3) La determinación ha de realizarse antes del hecho (*lex previa*). Esta prohibición de retroactividad tiene lugar en relación con la validez temporal¹⁵. Recordemos que los principios rectores para la aplicación de la ley penal en el tiempo, determinan la posibilidad de que una ley posterior pueda aplicarse con carácter retroactivo por excepción, en el evento de que fuese favorable al reo; es decir que se pueden aplicar sus efectos retroactivamente por el principio del *favor rei*. Igual tratamiento debe darse a sus efectos hacia el futuro, pues si una ley vigente al tiempo de los hechos o delitos, es suprimida o reformada, sus efectos en cuanto fuesen favorables se irradian hacia el futuro por el *principio de la ultraactividad* de la ley penal. Lo antes dicho es aplicable en el evento de que se modificaren los presupuestos de procedibilidad para la aplicación de la prescripción, pues todos los delitos cometidos antes de la vigencia de la reforma, están sometidos al régimen existente al tiempo de la comisión de tales delitos y no a la ley posterior en cuanto fuese desfavorable.

¹⁵ Cf. Jakobs, ob. cit. p. 88.

La validez temporal de la ley penal determina la prohibición de la retroactividad en todo cuanto fuese desfavorable al imputado, pues sólo así se puede sostener válidamente un discurso respetuoso de la seguridad jurídica, que prohíbe la aplicación retroactiva perjudicial al reo. El *principio de legalidad* elevado a la categoría de garantía constitucional del debido proceso en el Art. 24, No. 1 ya invocado, determina el respeto a la ley vigente al tiempo de los hechos. Cumplidos los presupuestos objetivos de procedibilidad para que se produzca la renuncia del poder punitivo que ejerce el Estado, se debe declarar la prescripción del ejercicio de la acción penal y de la pretensión punitiva. Se deben declarar igualmente canceladas todas las medidas de aseguramiento personal o real que se encontraren vigentes al tiempo de declarar la prescripción.

El jurista argentino y hoy Magistrado de la Corte Suprema de la República Argentina, don EUGENIO RAUL ZAFFARONI nos recuerda que¹⁶, «el mas importante y complejo de los impedimentos de perseguibilidad es la prescripción de la acción. Si bien se trata de un instituto de esencia procesal, comparte sus fundamentos con la prescripción de la pena, aunque agregando a estos los específicamente procedimentales, entre los que corresponde relevar fundamentalmente el derecho a un juzgamiento en un tiempo razonable. Este derecho del imputado derivado del principio de razonabilidad aparece afectado cuando el estado –por cualquier motivo– viola los plazos máximo legales para la persecución punitiva, extremo que si bien no debe confundirse con los límites que la ley impone a las penas anticipadas por prisión preventiva, no deja de indicar que en parte se superpone con la problemática de la prescripción penal». Agregamos que la cuestión del enjuiciamiento dentro de un plazo razonable se vincula necesariamente con el derecho de defensa como parte del debido proceso, vale decir que los plazos legales de persecución, no solo se conectan con razones negativas de auto sanción ante la lentitud burocrática del proceso, sino principalmente con sentido positivo dirigido a las agencias judiciales, para llevar a juicio a los imputados y resolver definitivamente su situación en un plazo razonable.

¹⁶ E.R. Zaffaroni, ob. cit. p. 859-864.

La justicia penal tiene problemas que tienen que ver con la inflación de las prohibiciones penales y su repercusión en una mayor cantidad de procesos (inflación procesal), la excesiva duración de los procesos penales, especialmente de los llamados «mega-procesos», y la gran restricción que vienen sufriendo los principios penales liberales como consecuencia de otorgar prioridad a los fines represivos del derecho penal por encima del respeto por los derechos individuales, con la excusa del vertiginoso desarrollo reciente de la criminalidad organizada¹⁷. En expresiones de DANIEL PASTOR, «La determinación concreta de los actos interruptivos no puede quedar librada al arbitrio del que decide, quien por detentar ante todo el poder de imponer la pena, está, a su vez, limitado en el ejercicio de aquel poder precisamente por la prescripción. La prescripción penal es un caso paradigmático de esta limitación y este límite no puede ser sobrepasado simplemente porque un tribunal decide incluir como interruptivo en el cheque en blanco de la secuela del juicio que le brindó el legislador, algún acto del proceso realizado a tiempo y de modo conveniente para alcanzar tal fin».

Coincidimos en que dicha delegación del legislador en los jueces, de la fijación de los actos que tendrán por efecto prolongar la punibilidad de una conducta en el tiempo mas allá de lo previsto por la ley, es violatoria del principio de legalidad penal y representa una amplificación del poder penal (de su duración) que se encuentra reñida, con los postulados que hoy se proponen desde la orilla de la ciencia humanista y liberal del Derecho penal. Para nosotros, sin duda, la prescripción es un mecanismo de contención para evitar el abuso del poder punitivo en un Estado de Derecho. Para don LUIS JIMENEZ DE ASUA; «La prescripción en materia penal es un instituto liberador, ora de la acción que nace del delito, bien de la acción que surge de la condena»¹⁸, y para otro erudito don FRANCESCO CARRARA: «En materia penal el tiempo extingue la acción, porque además de hacer difícil la justificación del inocente, hace cesar el daño social merced al presunto olvido del delito, lo cual conduce a la cesación de la

¹⁷ Cf. Pastor Daniel, en opúsculo «Derecho Penal *quo vadis?*», publicado en el periódico digital El Dial, de Buenos Aires.

¹⁸ Cf. Jiménez de Asúa. Luis. «Tratado de Derecho Penal», Tomo II, Editorial Losada. 1956.

impresión moral que nació de él, sea respecto de los buenos en quienes deja de existir el temor, sea respecto de los malvados, en quienes deja de tener influjo el mal ejemplo»¹⁹.

En estas reflexiones no podemos dejar de referirnos al pensamiento de un preclaro filósofo y conspicuo jurista como es el profesor de la Universidad de Camerino, don LUIGI FERRAJOLI, autor de la *Teoría del Garantismo Penal* que en su obra monumental DERECHO Y RAZON²⁰, reconociendo la crisis de los fundamentos del derecho penal expresada en la falta de correspondencia que existe entre el sistema normativo de las garantías y el funcionamiento efectivo de las instituciones positivas, hace un recorrido teórico por las raíces del modelo garantista recogido por la tradición iluminista, así como por la oposición que contra dicho modelo han ejercido desde hace mas de un siglo la continua emergencia de arquetipos penales premodernos y la interminable tentación de autoritarismo. FERRAJOLI, ilustra las múltiples formas de ilegitimidad y de injusticia provocadas por la inadecuación del modelo o por las lesiones contra las garantías individuales.

Frente a la crisis del modelo, propone una reformulación filosófica y política en el marco de una teoría general del garantismo. Es reconocido como el autor de una propuesta de *derecho penal mínimo* fundamental para la plena vigencia de un Estado de Derecho, recordándonos que «el garantismo es el principal rasgo funcional de esa formación moderna específica que es el *estado de derecho*»²¹. El prof. FERRAJOLI, al responder a la interrogante de qué es el *garantismo*, nos recuerda que «el modelo penal garantista, aun cuando recibido en la Constitución italiana y en otras Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia, y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aun si se mira a las prácticas administrativas y policiales.

¹⁹ Carrara Francesco. «Programa de Derecho Criminal». Vol. I. Editorial Temis de Bogotá. 1956.

²⁰ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Editorial Trotta, 3ª edición, Madrid, España, 1988, 991 páginas.

²¹ Ferrajoli, Luigi. op. cit. p. 855.

Esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquel una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto...»²², para luego referirnos que el *garantismo* designa un *modelo normativo de derecho* «precisamente por lo que respecta al derecho penal, el modelo de "estricta legalidad" propio del *estado de derecho*, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el sistema jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es "garantista" todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva»²³.

VII. PROPUESTA DE LEGISLACIÓN DE *LEGE FERENDA*

En el Congreso Nacional del Ecuador, desde 1997 reposa un Anteproyecto de nuevo Código Penal para Ecuador desde el año 1997, de nuestra autoría que puede ser revisado en nuestra página web, (www.alfonsozambrano.com). En dicho documento que tiene mas de una década de su elaboración se encuentran previstos los llamados **Delitos Ecológicos**, que fueron incorporados en el año 2000 como reformas al vigente Código Penal – omitiendo la fuente de la reforma – y hay otros temas como los relacionados con los **Delitos Informáticos**, el **Delito de Negociación Incompatible**, etc. En el tema específico de los **Delitos contra la Administración Pública**, está prevista en la Sección III entre otras figuras penales la del Delito de **Peculado** y variables como el **Peculado de Uso** y el **Peculado Culposo**, hoy impunes por falta de prescripción normativa²⁴.

En el tema del **Peculado** nuestra propuesta de reforma es del tenor que sigue:

²² Ferrajoli, Luigi. op. cit. p. 851.

²³ Ferrajoli, Luigi. op. cit. p. 851-852.

²⁴ Se puede ver el texto del Anteproyecto de nuevo Código Penal del que somos autores, en el Tomo V de «Práctica Penal» de Zambrano Pasquel, Alfonso. Edino, Guayaquil, 1995, pp. 135-248.

«Art. 283.- *Serán sancionados con prisión de cuatro a ocho años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de ocho a doce años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.*

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, en cuyos informes hubiesen omitido dolosamente dar aviso del delito que se pesquisa.

Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria, quedarán perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función pública.

Art. 284.- *El funcionario o servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de dos a cuatro años.*

Igual pena se impondrá cuando indebidamente utilice bienes del sector público, trabajo o servicios oficiales en beneficio propio o de terceros, o permita que otro lo haga.

Art. 285.- *El funcionario, empleado o servidor público que se apropie o retenga, en provecho propio o de un tercero de bienes que por error ajeno hubiese recibido, será sancionado con prisión de uno a tres años.*

Art. 286.- *El funcionario o servidor público que por comportamiento culposo, respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le hubiese confiado en razón de sus funciones, permita que se extravíen, pierdan o dañen, será sancionado con prisión de seis meses a dos años».*

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA
Academia de la Magistratura, Perú

Artículo 399°.- NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO.

«El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal».

I. GENERALIDADES

1. En la doctrina comparada esta infracción es conocida también con la denominación de delito de gestión desleal, infidelidad de funcionarios¹ o interés particular en acto de oficio².

2.- En el derecho latinoamericano y español se ha entendido que el delito de negociación incompatible carece siempre de utilidad práctica, tanto desde el punto de vista *preventivo general* como desde la perspectiva *preventivo especial*, ya que difícilmente se recuerda o se reconoce un juzgamiento y una sentencia en un caso trascendente³.

¹ Véase, LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; en *Estudios Penales*; Barcelona; PPU; 1991; p. 609.

² Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública* [Trad. De Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín]; Buenos Aires; Ediar; 1961; T. 8; p. 314.

³ Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO; *Nombramientos Ilegales, Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*; en *Los Delitos de los Funcionarios Públicos en el Código Penal de 1995*; Cuadernos de Derecho Judicial; Madrid; 1996; p.

I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1.- El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es la **transparencia**⁴ con la que debe actuar un funcionario público en la realización de los actos propios del cargo que se relacionan con los contratos y operaciones en las que participa en nombre y/o representación del Estado.

Si bien un sector de la doctrina peruana y comparada⁵ considera que el objeto genérico de la tutela penal es garantizar el **normal funcionamiento de la administración pública**⁶, difícilmente se entiende dicha posición desde una perspectiva teleológica habida cuenta que es posible que el interés privado del funcionario público sea en ocasiones el más compatible con el desarrollo y el normal funcionamiento de la administración pública, de tal manera que bastaría demostrar que la acción del funcionario no entorpeció ni afectó el normal funcionamiento de la administración para que se considere como atípico el comportamiento. Por otro lado, el referido *normal funcionamiento de la administración pública* más que una fórmula que sirva para orientar y delimitar el contenido de las acciones típicas del tipo penal constituye un planteamiento de escasa ayuda en la interpretación del tipo penal.

Lo mismo ocurre con la afirmación que: «se busca mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía, siendo inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento del cometido de sus cargos⁷», dado que se trata de observaciones empíricas⁸, a lo mucho de

310 y ss; SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*; Madrid; Tomo XXXIX; Fascículo III; Septiembre – Diciembre; 1986; p. 879.

⁴ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*; p. 878.

⁵ Véase: MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 316.

⁶ Cfr. ROJAS VARGAS, FIDEL; *Delitos contra la Administración Pública*; Lima; Grijley; 3 ed.; 1 Reimp.; 2003; p. 585.

⁷ ROJAS VARGAS, FIDEL; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 585.

⁸ Por todos, PAGLIARO, ANTONIO; *Principi di Diritto Penale [PE]*; Milano; Giuffrè; 9 ed.; 2000; Vol. I; p. 233.

contenido sociológico, más que de una aproximación adecuada al contenido del objeto de protección en este delito.

2.- Asimismo, resulta inexacta la afirmación de que en el delito de negociación incompatible se protege la *imparcialidad* del funcionario con la que éste debe guiar sus actuaciones⁹ o que la infracción tiende a evitar la simple sospecha de parcialidad¹⁰. Ello se debe a que el funcionario público más que comportarse como árbitro o tercero neutral que conjuga en un contrato o en una operación los intereses particulares y del Estado, debe tomar partido de forma decidida en la defensa de un interés exclusivo: *el de la administración pública o el interés estatal*¹¹. Justamente, el funcionario público que participa o interviene en un contrato o en una operación es – o, por lo menos, debe ser – cualquier cosa menos un funcionario imparcial.

Incluso, puede suceder que el funcionario haya sido imparcial en la contratación u operación, dado que su propuesta o el interés que promueve ha sido la mejor, pero aún así subsistir la conducta delictiva dado que a la ley no le interesa reparar en la calidad del servicio o de la contraprestación, sino más bien en el hecho de si el funcionario se ha interesado indebidamente por el contrato o la operación estatal¹².

⁹ Así, por ejemplo: ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL; *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código penal Peruano*; Lima; Palestra; 2003; 2 ed.; p. 446. En la doctrina argentina: SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*; Buenos Aires; Tea; 1976; 3 ed. y 7 Reimp; T V; p. 189; CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; Buenos Aires; 1981; p. 369; BUOMPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*; Buenos Aires; Mave; 2001; p. 289; DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; Buenos Aires; Rubinzal – Culzoni; 2 ed.; 2003; T III; p. 315.

En la doctrina italiana: GAROFOLI, ROBERTO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; Milano; Giuffrè; 2005; T I; p. 186; PAGLIARO, ANTONIO; *Principi di Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 233; ANTOLISEI, FRANCESCO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; Milano; Giuffrè; 14 ed. A cura de Luigi Conti; 2003; Vol. II; p. 343; FIANDACA, GIOVANNI – ENZO MUSCO; *Diritto Penale [PE]*; Bologna; Zanichelli Editore; 2 ed.; 1999; Vol. I; p. 237. Con observaciones: SEMINARA, SERGIO; *Commentario breve al Codice Penale* [Alberto Crespi – Federico Stella – Giuseppe Zuccala]; Padova; Cedam; 4 ed.; 2003; p. 938.

¹⁰ Véase, CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 369.

¹¹ Cfr. ROJAS VARGAS, FIDEL; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 586.

¹² Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP; en Estudios Penales*; p. 610.

La parcialidad del funcionario no se pune ni es motivo de incriminación en el delito de negociación incompatible, si es que el funcionario no interviene con un *interés personal no estatal*¹³. La parcialidad que castiga la ley es la parcialidad que se traduce en la actuación a modo de parte no estatal. No es necesario, incluso, que el funcionario participe de modo contrario a los intereses estatales. En realidad, la parcialidad estatal o la parcialidad exclusiva a favor de los intereses públicos o estatales es algo que propende la norma.

No debe confundirse el hecho que todo funcionario público en su actuación deba estar vinculado a la Constitución y a la ley, con que su intervención sea de *absoluta indiferencia* respecto a los intereses económicos y/o patrimoniales del Estado cuando interviene en contratos u operaciones, que sea irrelevante el obrar a espaldas de los legítimos intereses de la administración o que sea lícito patrocinar los intereses públicos junto a los intereses privados.

3.- En el delito de negociación incompatible no se protege – al menos no directamente – el patrimonio fiscal o el patrimonio de la administración pública o de un sector de ella¹⁴, pues el delito existe al margen de si se comprueba una afectación y un perjuicio real al patrimonio estatal¹⁵. No se pune un fraude patrimonial consumado o tentado¹⁶. En efecto, no se busca proteger ni asegurar el interés económico de la administración pública. Lo

¹³ Lo reconoce: CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 371.

¹⁴ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 316, 317; MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*; N° 1; p. 28; CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 370; SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*; p. 878 quien considera que: «Solo de modo mediato ésta incriminación estaría orientada también a proteger el interés económico de la administración»; NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; Córdoba; Lerner; 1975; T VII; p. 128; FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; Buenos Aires; Abeledo – Perrot; T VII; p. 296; DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 316; MALDONADO, HORACIO; *Manual de Derecho Penal (PE)*; p. 560; ESTRELLA, OSCAR ALBERTO – GODOY LEMOS, ROBERTO; *Código Penal (PE)*; T 3; p. 432.

¹⁵ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; en *Estudios Penales*; p. 608; ETXEBARRIA ZARRABETITA, XABIER; *Fraudes y Exacciones Ilegales*; en *Delitos Contra la Administración Pública*; p. 206.

¹⁶ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 370.

que se incrimina es el peligro determinado¹⁷ por el interés particular que compromete los fines exclusivos de la administración¹⁸.

II. LA FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN

1.- El objetivo de la criminalización de la figura negociación incompatible es prohibir que el funcionario se interese, ya sea de modo directo o indirecto, **para sí o para tercero**, por cualquier contrato u operación en la que intervenga en razón de su cargo. El funcionario debe actuar con estricta sujeción y respeto a los intereses públicos y las metas de la administración pública. Dicho proceder debe estar guiado por la **exclusividad del patrocinio y defensa de los intereses estatales**¹⁹. La norma busca oponerse y castigar la especulación y patrocinio de los funcionarios públicos tendientes a promover intereses privados²⁰, al uso del poder para un fin diverso al ejercicio de la función pública²¹, así como el desdoblamiento de la personalidad – o mejor dicho del interés – del funcionario que interviene representando al Estado pero con un interés personal en el acto administrativo²².

¹⁷ Cfr. ETXEBARRIA ZARRABITTA, XABIER; *Fraudes y Exacciones Ilegales*, en *Delitos Contra la Administración Pública*; p. 206; NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 128.

¹⁸ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 323.

¹⁹ Cfr. BUOMPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*; p. 289; MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*; Buenos Aires; Enero – Marzo; 1970; N° 1; p. 28: «Los funcionarios deben proceder con absoluta prescindencia de todo interés que no sea el del servicio».

²⁰ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 316.

²¹ Cfr. GAROFOLI, ROBERTO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; T I; p. 186; ANTOLISEI, FRANCESCO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; Vol. II; p. 343.

²² Cfr. SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 189; CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 370; BUOMPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*; p. 291; MALDONADO, HORACIO; *Manual de Derecho Penal (PE)*; Buenos Aires; De Zavalia; 2 ed.; 1978; p. 560; ESTRELLA, OSCAR ALBERTO – GODOY LEMOS, ROBERTO; *Código Penal (PE)*; T. 3 Buenos Aires; Hammurabi; 2000; p. 432; DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 316.

Un funcionario debe velar por el cumplimiento de sus funciones y no buscar un beneficio o siquiera mostrar interés por favorecer a un tercero [persona natural o jurídica]. De allí que pueda afirmarse que el funcionario que participa en base a su cargo en contratos u operaciones **debe actuar guiado por el principio de la exclusiva protección de los intereses públicos**²³, abandonando cualquier otro interés que no sean los de la propia administración pública. En la infracción se castiga, entonces, la subordinación del interés público al privado²⁴.

2.- No es que la norma sancione la exclusiva tendencia subjetiva del funcionario que se presenta como un querer o una intención de lograr un provecho propio o de terceros. En realidad, lo que prohíbe y castiga el precepto es el interesarse en un contrato u operación realizando determinados actos materiales que revelen una especial preocupación de favorecer a terceros o los objetivos particulares del propio funcionario [un *infra*]. Lo que se busca prevenir es un claro abuso de poder por parte del funcionario²⁵.

Por ello, un destacado sector de la doctrina considera que el funcionario en la negociación incompatible realiza un **acto de desviación de poder**, ya que antes de buscar la consecución de un fin público, respaldado por las normas jurídicas, pretende alcanzar un interés espurio que no es otro que su interés personal o el de terceros²⁶.

3.- No consideramos que la finalidad de la configuración del delito de negociación incompatible resida en la necesidad de asegurar el desinterés del funcionario público en el ejercicio de sus funciones, en la medida que la

²³ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*, p. 886: «Lo constitutivo [en el delito] es la inserción del interés privado en el proceso formativo o ejecutivo del acto del cargo, violándose así el deber de actuar en interés exclusivo de la Administración Pública».

²⁴ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; en *Estudios Penales*, p. 610.

²⁵ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; en *Estudios Penales*, p. 606.

²⁶ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*, p. 880 y ss. En la doctrina italiana: PAGLIARO, ANTONIO; *Principi di Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 233 y 244; ANTOLISEI, FRANCESCO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; Vol. II; p. 343.

adopción de cualquier decisión del funcionario, en especial las que se relacionan con la intervención en los contratos u operaciones, justamente si por algo se caracterizan no es precisamente por el desinterés o por la ausencia de una toma de postura.

La norma parte de un presupuesto y del conocimiento de la realidad y de los objetivos del ordenamiento jurídico. Los funcionarios públicos deben actuar en representación y en interés de la administración a la que pertenecen, velando por el cumplimiento adecuado de los intereses públicos; de tal manera que hablar de un desinterés del funcionario no solo carece de fundamento y sentido, sino que, además, constituye una meta contraria a la finalidad del ordenamiento jurídico administrativo y penal que busca que el funcionario en su actividad y ejercicio de competencias defienda y proteja los intereses de la administración o del sector de la misma del que forma parte.

Por tanto, el funcionario público no debe actuar con *desinterés*. Por el contrario debe actuar con un interés muy marcado: el de proteger los intereses de la administración o, si se quiere, el interés económico administrativo.

III. ¿ES NECESARIO QUE HAYA UNA REGULACIÓN NORMATIVA EXPRESA DE LA PROHIBICIÓN DE LA NEGOCIACIÓN?

1.- La prohibición de que los funcionarios promuevan o insten intereses privados en sus actos de servicio constituye un principio generalmente aceptado en el derecho público de todo ordenamiento jurídico²⁷. No es necesario que haya una declaración expresa en la Constitución, en una ley, en una norma jurídica, en cualquier disposición administrativa o que provenga de fuente escrita²⁸.

²⁷ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 316.

²⁸ Cfr. ROMANO, MARIO; *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali [Art. 314 – 335 bis]*; Milano; Giuffrè; 2002; p. 265.

Basta con la prohibición que deriva de la configuración del delito de negociación incompatible²⁹. Si bien una prohibición administrativa o de otro orden aporta mayores cuotas de certeza y de seguridad en la determinación del comportamiento prohibido³⁰ no es necesario que ello ocurra en todas las ocasiones, más aún si la variedad y la pluralidad de supuestos prácticos a los que se enfrenta el operador obligan a convertir la noción de incompatibilidad y del conflicto de intereses que le es propio, en un concepto sumamente flexible capaz de adaptarse a las particularidades del caso concreto.

2.- Por ello, hay que criticar severamente la fundamentación de la **EJECUTORIA SUPREMA** recaída en el **R. N. 4766 – 2001 [PUNO]** que absuelve al alcalde que había nombrado como asesor de la Municipalidad a su hermano por entender que el nombramiento se produjo antes de la vigencia de la ley que regulaba el nepotismo. Se entendió que dicha contratación al no estar prohibida por la ley no era indebida³¹. Creemos, que en este caso solo debió constatarse que el funcionario [el alcalde] se interesó en la contratación de su hermano – al margen de si obtiene provecho económico para sí o para otro – a través de un acto concreto y determinado para que se entienda consumado el delito.

La regulación legal que consagra una determinada prohibición de contratar, de realizar un determinado acto jurídico o una operación no debe entenderse como un requisito indispensable sin el cual no se puede dictar una sentencia condenatoria. A lo sumo con ello se refuerza la prohibición ya contenida en la norma de la negociación incompatible, o delimita su núcleo de significación, pero allí no nace el contenido del delito ni la fuente de la prohibición.

3.- El orden jurídico le impone al funcionario el deber de abstenerse de promover o interesarse con fines particulares o privados en los contratos u operaciones en los que interviene en razón a sus funciones, debiendo

²⁹ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 326.

³⁰ Véase, ROMANO, MARIO; *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali* [Art. 314 – 335 bis]; p. 265.

³¹ Véase, la Ejecutoria citada en SALAZAR SÁNCHEZ, NELSON; *Delitos contra La Administración Pública. Jurisprudencia Penal*; Lima; Jurista Editores; 2004; p. 510 y ss.

solo guiarse por la defensa de los intereses del sector de la administración al que pertenece o del interés público general³². Sin embargo, cuando los deberes de abstención se encuentran regulados estos provienen de una norma legal o de otra fuente normativa³³ como las que tienen su origen en el plano disciplinario, o en otra fuente extrapenal³⁴ que no siempre debe ser escrita³⁵, ya que también puede provenir de una orden o instrucción propia del servicio³⁶. En ocasiones basta que se infrinja cualquier prescripción jurídica³⁷ o que se afecte la transparencia del servicio.

IV. EL CONFLICTO DE INTERESES EN LA NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

La norma establece de manera implícita que cuando concurra en el funcionario – dentro del ejercicio de la función pública – un **conflicto de intereses** o la colisión de objetivos, el agente público siempre debe abstenerse de participar o intervenir o si decide continuar debe preferir la aplicación y vigilancia de los intereses públicos sobre sus intereses personales o de terceros³⁸.

El conflicto de intereses debe identificarse desde una perspectiva ex ante y de modo anterior a la ejecución del acto del funcionario, pudiéndose determinar dicho factor distorsionador de manera adecuada³⁹. En otras

³² En sentido distinto, criticando el solo deber de abstenerse: SANCINETTI, MARCELLO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*; p. 886.

³³ Cfr. FIANDACA, GIOVANNI – ENZO MUSCO; *Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 244; GAROFOLI, ROBERTO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; T I; p. 197; PAGLIARO, ANTONIO; *Principi di Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 245; ANTOLISEI, FRANCESCO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; Vol. II; p. 348.

³⁴ Cfr. ANTOLISEI, FRANCESCO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; Vol. II; p. 348; ROMANO, MARIO; *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali [Art. 314 – 335 bis]*; p. 265.

³⁵ Por todos, ROMANO, MARIO; *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali [Art. 314 – 335 bis]*; p. 265.

³⁶ Cfr. ANTOLISEI, FRANCESCO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; Vol. II; p. 343.

³⁷ Cfr. PAGLIARO, ANTONIO; *Principi di Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 247.

³⁸ Véase, ROMANO, MARIO; *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali [Art. 314 – 335 bis]*; p. 265; SEMINARA, SERGIO; *Commentario breve al Codice Penale* [Alberto Crespi – Federico Stella – Giuseppe Zuccala]; p. 944.

³⁹ Por todos, ROMANO, MARIO; *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali [Art. 314 – 335 bis]*; p. 266 y ss.

palabras, dicho conflicto de intereses debe estar en capacidad de ser individualizado y reconocido previamente y de manera clara por el funcionario. Por tanto, si no existe o no concurre dicho conflicto de intereses, habiéndolo no es perceptible, ni es posible de manera adecuada individualizarlo, difícilmente se podrá plantear la configuración del delito.

V. ¿SE TRATA DE UN DELITO DE DAÑO O DE PELIGRO?

Se trata de un *delito de peligro*⁴⁰ y no de un delito de resultado o de daño⁴¹. Incluso, es posible que la administración haya obtenido un determinado beneficio⁴² o el servicio brindado haya cumplido holgadamente sus metas, pero aún así subsistir el delito de negociación incompatible⁴³. No es necesario que haya intereses contrapuestos, reñidos entre sí o que haya un conflicto real o aparente⁴⁴. Basta que los intereses sean incompatibles⁴⁵.

Sin embargo, dicha posición no siempre es seguida de manera uniforme en el derecho comparado. Una prueba palpable de ello lo representa el caso de la legislación italiana en donde se regula el *delito de abuso d'ufficio* [art. 323] que se configura como delito de daño o de evento que se caracteriza por la producción de una injusta ventaja patrimonial o de un daño injusto⁴⁶.

⁴⁰ Cfr. ETXEBARRIA ZARRABETTA, XABIER; *Fraudes y Exacciones Ilegales*, en *Delitos Contra la Administración Pública*, p. 206; NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*, T VII; p. 128.

⁴¹ MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, p. 37 considera que se trata de un delito de simple actividad. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*, en *Estudios Penales*, p. 610 considera que se trata de un delito de daño.

⁴² Cfr. SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*, T V; p. 189.

⁴³ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*, en *Estudios Penales*, p. 608; CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*, p. 373. En contra: ROJAS VARGAS, FIDEL; *Delitos contra la Administración Pública*, p. 591.

⁴⁴ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*, T. 8; p. 317.

⁴⁵ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, p. 37.

⁴⁶ Ampliamente: ROMANO, MARIO; *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali* [Art. 314 – 335 bis]; p. 265; FIANDACA, GIOVANNI – ENZO MUSCO;

Del mismo modo no interesa aquí cautelar la moderación o la racionalidad de los gastos de los diversos organismos públicos que dadas las circunstancias por razones de necesidad es posible que el dispendio se encuentre justificado.

VI. EXCLUSIÓN DE LOS CRITERIOS MORALES

Tampoco ingresan dentro del ámbito de protección de la norma y del bien jurídico protegido los criterios moralizantes⁴⁷ a los que muchos autores aluden como elementos integrantes o contenido del bien jurídico en los delitos de corrupción – y, en general, los delitos contra la administración pública – como los principios de moralidad, de lealtad⁴⁸, fidelidad funcional⁴⁹, decoro, el ejemplo de la conducta de los funcionarios públicos o el prestigio de la administración⁵⁰.

Menos tiene que ver aquí la finalidad de frenar la codicia de los funcionarios públicos o la labor especuladora que a veces estos imponen en la realización de sus actividades⁵¹. La codicia o el ánimo de lucro no integran ni la tipicidad objetiva ni la tipicidad subjetiva del delito, por lo que no puede ser tomados en cuenta en la delimitación de la infracción penal⁵².

Diritto Penale [PE]; Vol. I; p. 236; GAROFOLI, ROBERTO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; T I; p. 189; PAGLIARO, ANTONIO; *Principi di Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 233; ANTONISEI, FRANCESCO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; Vol. II; p. 348.

⁴⁷ Cfr. PAGLIARO, ANTONIO; *Principi di Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 232.

⁴⁸ Cfr. FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 296; ESTRELLA, OSCAR ALBERTO – GODOY LEMOS, ROBERTO; *Código Penal (PE)*; T 3; p. 432.

⁴⁹ Véase, NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 128.

⁵⁰ Así, empero, CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 369.

⁵¹ Empero, así: MAGGIORE, GIUSEPPE; *Derecho Penal [PE]* Vol. III; [Trad. de José Ortega Torres]; Bogotá; Temis; Reimp. de la 2 ed.; 1985; p. 214; MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; N° 1; p. 28.

⁵² Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; en *Estudios Penales*; p. 611.

VII. TIPICIDAD OBJETIVA

La mayor parte de la doctrina reconoce una profunda ambigüedad y una textura abierta en la configuración del delito de negociación incompatible que se extiende a cada uno de sus elementos típicos⁵³.

1. Autoría

El delito de negociación incompatible es un delito *especial*⁵⁴. Solo puede ser cometido por un funcionario público. Los particulares que intervienen en los contratos o en las operaciones por más que tengan un aporte esencial en la configuración del hecho llegan a ser únicamente partícipes [instigadores o cómplices], pero nunca autores. Ello a pesar de que, por ejemplo, sean los únicos beneficiados con el contrato o la operación o sean los principales interesados en la ejecución y perfeccionamiento de los mismos.

Sin embargo, la ley expresamente señala que no basta con ostentar objetivamente el cargo de funcionario público para poder hablar de autor en el delito de negociación incompatible⁵⁵. Es necesario que dicho funcionario cuente con las *facultades y competencias* para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, posea el poder y las competencias para participar en una contratación u operación⁵⁶. De tal manera, que lo que determina la condición de autor no es tanto la calidad de funcionario como la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón al

⁵³ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*, p. 878.

⁵⁴ Cfr. DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 325; SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*, p. 888.

⁵⁵ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 129.

⁵⁶ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; en *Estudios Penales*; p. 604; MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; en *Revista de Derecho Penal y Criminología*; p. 31; SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 190; CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 375; BUONPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*; p. 297; ESTRELLA, OSCAR ALBERTO – GODOY LEMOS, ROBERTO; *Código Penal (PE)*; T 3; p. 432. En la doctrina italiana: PAGLIARO, ANTONIO; *Principi di Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 249.

cargo. Se trata, por tanto, de un abuso funcional⁵⁷, ya que no es suficiente para cometer la infracción el contar con la calidad de funcionario público.

Incluso, en algunas legislaciones del derecho comparado se alude a la necesidad – más clara y específica – que la intervención se produzca en el *desarrollo de la función o del servicio*⁵⁸.

Puede tratarse de funcionarios administrativos, nombrados, contratados, que ocupan un cargo de confianza o cargos políticos⁵⁹. No es necesario que se detente puestos de dirección en las más altas instancias de la administración pública⁶⁰. No hay inconveniente para incorporar aquí a los funcionarios dependientes⁶¹, de nivel intermedio, de cualquier poder del Estado⁶². El criterio del dominio del hecho es poco útil en la diferenciación del círculo de autores y partícipes⁶³.

El hecho que el funcionario intervenga con motivo o con ocasión del ejercicio de la función pública no basta para la configuración del delito⁶⁴. Es necesario que lo haga de manera directa en ejercicio de la función pública⁶⁵.

⁵⁷ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 128; LAJE ANAYA, JUSTO; *Comentarios al Código Penal*, Vol. III; Buenos Aires; Depalma; 1981; p. 135. En contra: SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 189. En la doctrina italiana: ANTOLISEI, FRANCESCO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; Vol. II; p. 343; FIANDACA, GIOVANNI – ENZO MUSCO; *Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 241.

⁵⁸ Por todos, ROMANO, MARIO; *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali [Art. 314 – 335 bis]*; p. 257; FIANDACA, GIOVANNI – ENZO MUSCO; *Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 244.

⁵⁹ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP; en Estudios Penales*; p. 604. En la doctrina argentina: BUOMPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*; p. 292; FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 296.

⁶⁰ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 380.

⁶¹ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 34.

⁶² Cfr. FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 297.

⁶³ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*; p. 888; DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 325.

⁶⁴ En la moderna doctrina penal italiana: SEMINARA, SERGIO; *Commentario breve al Codice Penale* [Alberto Crespi – Federico Stella – Giuseppe Zuccala]; p. 939; GAROFOLI, ROBERTO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; T I; p. 187; ROMANO, MARIO; *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali [Art. 314 – 335 bis]*; p. 257.

⁶⁵ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 129; LAJE ANAYA, JUSTO; *Comentarios al Código Penal*; Vol. III; p. 135.

El interés —directo o indirecto— puede ser detentado por un solo funcionario como también por varios funcionarios, los que pasarán a convertirse en autores si es que su intervención se encuentra respaldada por el cargo que ocupan⁶⁶. En efecto, la diferenciación entre autores y partícipes en el esquema de pluralidad de intervenciones de diversos funcionarios públicos en un contrato o en una operación lo da únicamente la participación dentro del ámbito de competencias del funcionario público. En tal sentido, si un funcionario público interviene directa o indirectamente en un contrato o en una operación pero no cuenta con la competencia para impulsar eficazmente el interés personal o de un tercero responderá como partícipe, pero no como autor del delito.

Se acepta la posibilidad de la delegación de competencias⁶⁷, siempre que no se oponga al texto expreso de la ley.

El **pertenecer** a la administración pública no genera automáticamente responsabilidad penal. En igual sentido no basta con estar adscrito a la administración para ser considerado de modo automático como autor del delito de negociación incompatible. Es necesario que el interés que se promueve, alienta o desarrolla se haga a partir del cargo que ocupa un concreto funcionario en una específica área o sector de la administración pública⁶⁸.

El fundamento que sustenta esta restricción del delito de negociación incompatible se debe al hecho de que actuar en ejercicio de un cargo o dentro de un marco concreto de funciones configura un mayor riesgo y abre sustancialmente probabilidades de éxito de que el **interés no público que impulsa dicho funcionario** llegue a concretarse, defraudando así las expectativas de la administración, contraviniendo sus objetivos legítimos. El funcionario instrumentaliza tanto su empleo y su competencia para promover un interés privado, ya sea propio o de un tercero⁶⁹.

⁶⁶ Cfr. ESTRIELLA, OSCAR ALBERTO — GODOY LEMOS, ROBERTO; *Código Penal (PE)*; T 3; p. 432.

⁶⁷ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 380; NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 129.

⁶⁸ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 375; MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 321.

⁶⁹ Cfr. SEMINARA, SERGIO; *Commentario breve al Codice Penale* [Alberto Crespi — Federico Stella — Giuseppe Zuccala]; p. 938; MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 316.

Es necesario plantear aquí la necesidad de aplicar las reglas de la imputación objetiva⁷⁰ verificando que el acto externo del funcionario público que se interesa por el contrato u operación no solo se produzca en el marco y dentro del ejercicio funcional [cargo y competencia] sino que dicho riesgo creado incida directamente en la formación, suscripción o ejecución del contrato o la operación.

La intervención del funcionario público en la negociación, contrato u operación, como es lógico, debe darse al interior de la administración pública al que pertenece y no fuera de ella; de allí que sea atípico la actuación del funcionario que participa directa o indirectamente en contratos con el Estado, pero al margen de sus obligaciones y competencias funcionales⁷¹.

La condición del autor en el delito de negociación incompatible no guarda relación con el poder de decisión o influencia real que pueda tener un funcionario en el manejo o la conducción de las negociaciones⁷². La ley exige no un poder real o una influencia fáctica, sino más bien que el funcionario obre en razón del cargo o según el marco de sus competencias. El tipo penal se construye sobre criterios normativos⁷³ y no sobre bases ontológicas o fácticas.

Sin embargo, ello no quiere decir que la incompetencia o falta de relación funcional que posea el funcionario interesado en la conducción o promoción de las negociaciones lleve en todos los casos a una situación de impunidad, pese al ejercicio del poder real que ostenta. Habrá aquí que considerarlo, según las circunstancias, como cómplice o instigador de la negociación incompatible dejando abierta la posibilidad de que se le imponga una pena proporcional y adecuada al ejercicio del poder real en la determinación judicial de la pena.

⁷⁰ Cfr. ROMANO, MARIO; *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali* [Art. 314 – 335 bis]; p. 257.

⁷¹ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 373.

⁷² Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 31.

⁷³ En contra, expresamente: SANCINETTI, MARCELLO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*; p. 887 para quien la adecuación al tipo penal queda cumplida «si el acto puede ser imputado a la administración desde el punto de vista externo, con absoluta prescindencia de las reglas internas de la competencia».

Debe diferenciarse el poder de decisión, que alude a un poder fáctico, de la razón al cargo que se refiere al marco de competencias y atribuciones que tiene el funcionario dentro de la estructura normativa.

Tampoco es necesario que el funcionario tenga poderes de decisión, ya sea general o específica, para la concreción del contrato o la operación. Solo basta que intervenga en razón al cargo⁷⁴, como, por ejemplo, ejerciendo una función consultiva⁷⁵, de colaboración, de asesoría, de instrucción o, incluso, de control⁷⁶.

De lo dicho deriva que representa un injusto grave el caso del funcionario público [v. gr. alcalde] que cuenta con el poder real y la capacidad de decisión y, además, posee con la competencia para intervenir en razón al cargo en el contrato o en una operación estatal⁷⁷. En sentido distinto, debe excluirse de responsabilidad al funcionario que no tiene competencia ni poder de decisión alguno para influir en los contratos u operaciones de la administración pública⁷⁸.

El funcionario que actúa dentro de una delegación de competencias y se ciñe al cumplimiento del Manual de Organización de funciones o del reglamento sectorial, participando en las negociaciones, en la medida que no actúe con un interés especial, directo o indirecto, no realizará el tipo objetivo del delito de negociación incompatible. Por el contrario, habrá cumplido con el rol encomendado por el ordenamiento jurídico y actuará dentro de los límites del riesgo permitido, por lo que su comportamiento será atípico.

En el mismo sentido, si el funcionario se limita a formar parte o preparar el contrato o la operación, sin intervenir o tener injerencia en los actos anteriores o posteriores no cometerá bajo ningún extremo el delito de negociación incompatible⁷⁹.

⁷⁴ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*, p. 380.

⁷⁵ Cfr. GAROFOLI, ROBERTO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; T I; p. 188.

⁷⁶ Cfr. SEMINARA, SERGIO; *Commentario breve al Codice Penale* [Alberto Crespi – Federico Stella – Giuseppe Zuccala]; p. 939.

⁷⁷ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP; en Estudios Penales*, p. 606.

⁷⁸ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, p. 31.

⁷⁹ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 323.

Por otro lado, si el acto por el cual se interesa el funcionario forma parte de su competencia legal, reglamentaria o administrativa general no habrá negociación incompatible por más que no sea frecuente ni haya costumbre de incurrir en dicha práctica⁸⁰ v. gr. el alcalde que toma las riendas de una empresa municipal y participa en todos sus actos⁸¹.

No es de recibo plantear la impunidad del acto en que el funcionario se interesa pero en el que concurre el consentimiento y/o intervención de otros funcionarios o la participación legítima de otros órganos o sectores de la administración pública que han actuado de buena fe y en ejercicio de sus respectivos actos funcionales.

El funcionario que usurpa funciones no puede cometer el delito de negociación incompatible, dado que su posición proviene de una situación ilícita⁸².

2. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

2.1 INTERESARSE DIRECTA O INDIRECTAMENTE O POR ACTO SIMULADO

a) Delimitación

Interesarse significa *tomar interés*⁸³ que no es otra cosa – según el Diccionario de la RAE – que buscar provecho, utilidad o ganancia o dar parte a uno en un negocio o comercio en que puede lograr un beneficio. También importa tomar parte o empeño en los negocios o intereses ajenos, como si fuesen propios. La punición de la conducta no se supedita a que se alcance y se obtenga el interés que se promueve⁸⁴.

⁸⁰ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 380.

⁸¹ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 323.

⁸² Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 380. Con matices: PAGLIARO, ANTONIO; *Principi di Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 248; SEMINARA, SERGIO; *Commentario breve al Codice Penale* [Alberto Crespi – Federico Stella – Giuseppe Zuccala]; p. 943.

⁸³ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; en *Estudios Penales*; p. 604. En la doctrina argentina: BUOMPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*; p. 293.

⁸⁴ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; en *Estudios Penales*; p. 611.

El interesarse – como reconoce un sector cualificado de la doctrina – pertenece al tipo subjetivo y en concreto actúa como *especial elemento subjetivo del injusto*⁸⁵.

En el *interesarse*, tal como se configura en el delito de negociación incompatible, hay una *pretensión de parte* que excede lo estrictamente administrativo y funcional⁸⁶, propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo y que asume dadas las circunstancias una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son los de la administración pública. La pretensión de parte no quiere decir ni equivale a que el funcionario público de manera efectiva y real sea una parte en el contrato o en la operación, sino que actúa como *si fuera parte*. Basta que el funcionario se interese indebidamente en los actos de la administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda consumado⁸⁷.

El *interés* que castiga la ley es un interés ajeno al que debe representar, velar o cuidar el funcionario⁸⁸.

Los actos que revelan un interés funcional⁸⁹, un celo profesional o una diligencia adecuada en el ejercicio de las atribuciones y que constituyen acciones que son una manifestación de las competencias ordinarias del funcionario no ingresan a la tipicidad objetiva del delito. Dentro de ellas cabe comprender la especial diligencia, la mayor preocupación según la gravedad o el contexto que rodea el caso, la necesidad de cubrir en forma rápida un determinado servicio o de buscar la eficiencia y eficacia del acto que se pretende desarrollar.

⁸⁵ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*, p. 881.

⁸⁶ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*, p. 371 lo llama un interés de parte no administrativa; DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 318; BUOMPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 293.

⁸⁷ En contra: ESTRELLA, OSCAR ALBERTO – GODOY LEMOS, ROBERTO; *Código Penal (PE)*; T 3; p. 432; BUOMPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 292.

⁸⁸ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 131; DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 317.

⁸⁹ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; p. 604.

No integra la tipicidad del delito el interés que se demuestra y que forma parte del ejercicio funcional responsable⁹⁰, diligente y que supone el cumplimiento de una actuación administrativa normal. El interés que se reprime es el interés personal no el interés funcional eficiente. Dentro de ello cabe mencionar, por lo menos en el marco del riesgo permitido, el solicitar que el contrato u operación se resuelva con rapidez, el preguntar sobre el estado del mismo, el adoptar una atención preferente en las condiciones de un negocio jurídico⁹¹. Justamente, por esta razón la ley se refiere a la existencia de un *acto indebido*, por lo que la realización de los actos debidos dejan de tener cobertura legal.

El valor de determinar la acción de *interesarse* – y los actos que lo acreditan – permite establecer en este momento la consumación del delito, siendo irrelevante los actos posteriores que ya sea por acción propia o de terceros [incluido las agencias gubernamentales de control] pueden llegar a ser neutralizados tal como ocurre cuando el funcionario cesa⁹², cae enfermo, se anula, se revoca su decisión, o luego de ser descubierto o advertido termina actuando o resolviendo de manera distinta al interés particular que promovía inicialmente⁹³. Lo mismo ocurre cuando se interviene o se interesa como particular y luego recibe la designación de funcionario público y se sigue interviniendo en el acto, pero con menor intensidad; no inhibiéndose en su actuar⁹⁴.

Por otro lado, el *interés* que se revela a través de actos objetivos puede darse, ya sea en la etapa de negociación del contrato o la realización de la operación⁹⁵ [v. gr. solicitando que se acepte la propuesta del pos-

⁹⁰ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 320; MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 29; LAJE ANAYA, JUSTO; *Comentarios al Código Penal*, Vol. III; p. 136.

⁹¹ Cfr. FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*, T VII; p. 299.

⁹² Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 35.

⁹³ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; p. 606.

⁹⁴ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 35.

⁹⁵ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 376; SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*; p. 888; DONNA, EDGARDO

tor⁹⁶, se le brinde información privilegiada⁹⁷, se rechace la propuesta de los demás participantes], durante la suscripción del contrato o de la operación [agilizando poderosamente los trámites, dando indicando a los funcionarios, etc.], en la ejecución del contrato⁹⁸ [v. gr. ampliando los plazos de cumplimiento de las prestaciones, solicitando que se reciba productos de menor calidad a los acordados] o en la liquidación de los mismos [v. gr. pago adicional por servicios, pedir que no se consignen omisiones o se formulen observaciones a la obra]⁹⁹. En estos casos el autor interviene en las tratativas y a través de otros actos, condicionando interesadamente la voluntad negocial de la administración¹⁰⁰.

Por tanto, no hay inconveniente para que el acto pueda ser definitivo, preparatorio, revocable o irrevocable, pues como dice MANZINI: «*el delito no existe en el acto, sino en el interés particular*»¹⁰¹.

En tal sentido, debe criticarse la EJECUTORIA SUPREMA RECAÍDA en el R.N. 4832 – 2001 [AREQUIPA] en la que se absuelve, revocando la sentencia de instancia, al procesado quien en su condición de Médico Especialista en Oftalmología del Hospital Nacional del Sur actuaba a su vez como Gerente de la Empresa «*Centro Quirúrgico Oftalmológico*» que llegó a suscribir dos convenios con el referido hospital para la prestación de exámenes, al entender equivocadamente que: a) En la suscripción de ambos convenios el procesado no intervino; y b) La decisión de aceptar la propuesta presentada no dependía de él¹⁰².

ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 318; LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; p. 604.

⁹⁶ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 31.

⁹⁷ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; p. 609.

⁹⁸ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 376; SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*; p. 888.

⁹⁹ Cfr. ROJAS VARGAS, FIDEL; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 587.

¹⁰⁰ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*; p. 880.

¹⁰¹ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 322.

¹⁰² Véase, la Ejecutoria citada en SALAZAR SÁNCHEZ, NELSON; *Delitos contra La Administración Pública. Jurisprudencia Penal*; p. 513 y ss.

El error reside, como se ha visto, en considerar que para que se configure el delito de negociación incompatible se requiere que en la suscripción [firma] de ambos convenios el procesado intervenga cuando en realidad no es necesario, pues su actuación puede haberse dado en momentos previos v. gr. participación en la preparación del contrato, aceptación de la propuesta, etc. Asimismo, el delito de negociación incompatible no requiere que la decisión de suscribir el convenio dependa de la competencia del funcionario, habida cuenta que lo único que la ley exige es que se obre en razón al cargo y no que la aceptación de la propuesta dependa del funcionario.

Debe diferenciarse también los casos de atipicidad del comportamiento de aquellos supuestos en los que no se llega a probar, o la prueba es insuficiente, el acto externo concreto y específico por el cual el funcionario se interesa en el contrato o la operación.

El caso indiscutible de negociación incompatible es aquel en el cual el funcionario contrata con la administración, ya sea a través de una empresa de su propiedad, en donde ejerce la administración o se contrata a sí mismo¹⁰³; o el caso del funcionario que contrata o vota por la contratación de una empresa en donde es accionista – u ocupa cualquier cargo – o de una firma consultora¹⁰⁴ v. gr. estudio contable, estudio de abogados, sociedad de auditoría, marketing, o cualquier otra empresa de servicios. Sin embargo, los supuestos más graves son aquellos en los que el funcionario se interesa por la adjudicación de las contrataciones a grandes empresas o consorcios con quien le une acuerdos no demostrables¹⁰⁵; o aquellos otros supuestos en los que el funcionario luego de cesar de la administración pública aparece desempeñando cargos en empresas privadas que mantenían intereses patrimoniales en pugna con la institución pública donde trabajaba¹⁰⁶.

¹⁰³ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*, p. 879.

¹⁰⁴ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, p. 31; SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*, T V, p. 190.

¹⁰⁵ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*, p. 879.

¹⁰⁶ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, p. 35.

El delito puede cometerse en cualquier etapa del contrato o la operación, por ejemplo, desde que se preparan las bases, el presupuesto, el cronograma de adjudicación hasta que se han cumplido total o parcialmente las cláusulas del contrato u operación, pasando por la apertura de sobres o asignación de un determinado puntaje¹⁰⁷. Incluso, algunos autores extienden la posibilidad de comisión al inicio de los estudios de factibilidad, la proyección de los resultados¹⁰⁸, etc.

No es necesario, empero, que el acto desde su formación obedezca al exclusivo propósito de beneficiar a terceros o que haya sido creado, urdido o impulsado desde su origen por el funcionario público. La ley no castiga la creación o configuración interesada del acto [contrato u operación], sino la sola intervención interesada en el acto. Por tanto, es posible que el acto administrativo obedezca a razones de conveniencia y necesidad estrictamente administrativa, derivada de las exigencias propias del servicio y en el camino – incluso sin alterar su esencia – se haya manifestado la intervención del funcionario, interesándose en su desarrollo, concreción o resultado.

Los actos objetivos por los cuales se puede manifestar el delito de negociación incompatible no solo se configura resolviendo, individual y colectivamente¹⁰⁹, la contratación, sino elaborando dictámenes, asesorando, preparando el expediente, aprobando o ratificando una propuesta o a través de una intervención favorable¹¹⁰ v. gr. participar de la votación de aprobación del contrato o intervenir el cronograma de pagos¹¹¹. También se configura con la proposición, deliberación, ratificación, modificación, revocación o anulación¹¹², etc. No es necesario que el funcionario firme

¹⁰⁷ Cfr. FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 299.

¹⁰⁸ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 31.

¹⁰⁹ Véase, FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 299.

¹¹⁰ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; p. 605.

¹¹¹ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 31.

¹¹² Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 317.

personalmente algún documento¹¹³. La forma cómo puede aparecer y revelarse el interés del funcionario público es a través de recomendaciones, votos, pedidos verbales o escritos, defensa de un proyecto, recepción de una dieta, incluso, en una orden del día¹¹⁴.

Si bien el núcleo de la prohibición penal descansa en castigar los casos en que el funcionario muestra un exclusivo interés particular en el ejercicio del cargo, cae también dentro de los alcances del tipo penal aquellos supuestos en donde hay un interés tanto en cumplir los mandatos y fines de la administración como satisfacer un interés personal¹¹⁵. Por tanto, también se sanciona los casos en donde el funcionario tiene un *interés compartido o un doble interés*¹¹⁶. De allí que en este ámbito tenga valor la afirmación de que el funcionario público que participa en base a su cargo en contratos u operaciones *debe actuar guiado por el principio de la exclusiva protección de los intereses públicos*.

El interés prohibido por la norma necesariamente es un interés privado actual que se vincula a un contrato o a una operación concreta. *No se pune el interés indeterminado o genérico*. Quedan excluidos del ámbito de protección de la norma los intereses futuros, los intereses hipotéticos¹¹⁷ y los que todavía no son objeto de tratamiento por la administración.

La estructura típica del delito de negociación incompatible responde a la de un *delito de consumación anticipada*. Aquí no interesa que el funcionario de manera efectiva y real logre conseguir algún tipo de beneficio o ventaja económica personal¹¹⁸. No se castiga la obtención efectiva del

¹¹³ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; p. 606.

¹¹⁴ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 318.

¹¹⁵ Cfr. DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 317; MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 29.

¹¹⁶ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 317; DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 317.

¹¹⁷ Cfr. ROJAS VARGAS, FIDEL; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 587.

¹¹⁸ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; p. 606.

interés, sino más bien la mera intervención en un acto con miras a un interés futuro no administrativo¹¹⁹.

La fijación del momento consumativo incide directamente en la mayor o menor amplitud y complejidad de la actividad probatoria. Si se estimara que el delito se consuma con la obtención del beneficio se tendría que acreditar de manera suficiente la relación de imputación objetiva entre el beneficio del autor y el acto que refleja el interés del funcionario. En cambio, si se considera – tal como lo hacemos aquí – que solo basta con demostrar el acto en el que se revela el interés económico del funcionario el problema se limitara a comprobar la tendencia de beneficio del funcionario¹²⁰. Por tal razón, interesarse no equivale a obtener o lograr una utilidad concreta, sino en interesarse por el acto o en el acto en el que interviene una unidad estatal¹²¹.

Las motivaciones e impulsos que promueven el interés pueden ser variados¹²². Es posible que se trate de una motivación afectiva [ayudar al hijo, a la esposa, al amante], amical, ambición, de compadrazgo, etc¹²³.

No interesa que el interés del funcionario sea legítimo desde una perspectiva moral, que sea justo o que no afecte a la hacienda pública¹²⁴. El interés siempre será indebido en la medida que sea incompatible con los fines e intereses de la administración o de un sector de ella.

El delito de negociación incompatible si bien es un delito cuya modalidad comisiva se produce mediante la realización de actos positivos, también puede cometerse por omisión impropia¹²⁵ como cuando el funciona-

¹¹⁹ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*, p. 880.

¹²⁰ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*, p. 880.

¹²¹ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 317.

¹²² Cfr. ANTOLISEI, FRANCESCO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; Vol. II; p. 350; MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 329.

¹²³ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 29; ANTOLISEI, FRANCESCO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; Vol. II; p. 350.

¹²⁴ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 318.

¹²⁵ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 378; MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 318 y 327.

rio no hace nada —o mejor dicho, no impide— que, por ejemplo, una de sus empresas sea beneficiada por una licitación, concurso público, adjudicación directa o préstamo¹²⁶; ello pese a no haber participado de la votación o haberse abstenido de la misma.

2.2 La naturaleza y clase del interés prohibido

Uno de los problemas más importantes y delicados de resolver en el delito de negociación incompatible consiste en desentrañar la naturaleza y el alcance del tipo de interés que pretende prohibir la norma, situación de capital importancia en la medida que de ello depende la mayor o menor cobertura de la infracción.

Una primera posición acogida en el derecho comparado establece que basta cualquier interés, independientemente de su contenido, para la realización del tipo penal en comentario¹²⁷. Puede tratarse de un interés económico, de un interés social, político¹²⁸ o de cualquier otro orden¹²⁹. Basta que sea incompatible e inconciliable con el correcto ejercicio de sus funciones. No hay limitación al interés económico o financiero¹³⁰, pues no se protege directamente o de manera inmediata los intereses de la hacienda pública o el patrimonio del Estado.

Incluso, si se lleva esta tesis hasta sus últimas consecuencias no debería haber problema para asumir que en aquellos casos judiciales en donde hay incompatibilidad o un conflicto de intereses, manifiesto o no, entre el

¹²⁶ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 32.

¹²⁷ En el derecho italiano: MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 322. En el derecho español: MIR PUIG, SANTIAGO; *Nombramientos Ilegales, Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*; en *Los Delitos de los Funcionarios Públicos en el Código Penal de 1995*; Cuadernos de Derecho Judicial; p. 315. En la jurisprudencia argentina, véase el fallo citado por RUBIANES, CARLOS; *El Código Penal y su Interpretación Jurisprudencial*; Buenos Aires; Depalma; 1980; T II; p. 1327.

¹²⁸ Véase, SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*; p. 882.

¹²⁹ Véase: MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 29.

¹³⁰ Expresamente: MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 33.

juez y una de las partes [v. gr. parentesco, amistad, calidad de deudor o acreedor, etc.] y éste no se aparta desde el principio, no se inhibe de su conocimiento o no acepta la recusación planteada, podrá dar lugar, sin mayor problema, a la configuración del delito de negociación incompatible, máxime si no es necesario que se discuta en el concreto proceso judicial intereses económicos o patrimoniales.

La segunda posición estima que el único interés prohibido por la norma penal es el interés que se revela como ventaja o provecho de naturaleza **económica**, ya sea para sí o para un tercero¹³¹. La conducta consiste en intentar obtener un beneficio de carácter patrimonial¹³². El funcionario cuando se interesa por un determinado acto u operación puede contar con diversos intereses opuestos o, por lo menos incompatibles, con la administración pública; sin embargo el único interés que se reprime y sanciona es el **interés económico o de carácter patrimonial**. En la doctrina penal peruana este último punto de vista es el prevaleciente¹³³.

La afiliación a esta perspectiva posee una fundamentación diversa. En primer lugar, destaca el hecho de que el legislador busca comprender y castigar los comportamientos más graves y disvaliosos, situación que se cumple con la naturaleza económica del interés [*argumento del mayor injusto*]. La norma castiga el interesarse en los *contratos* – y no en otra clase de actos jurídicos –, situación que lleva a sostener desde un punto de vista **teleológico – sistemático** la exclusiva punición de un interés de orden económico y patrimonial¹³⁴, descartando los intereses de otro orden¹³⁵ [*argumento teleológico*].

¹³¹ Ampliamente, SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 190; CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 372; NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 130; FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 299; MALDONADO, HORACIO; *Manual de Derecho Penal (PE)*; p. 560; ESTRELLA, OSCAR ALBERTO – GODOY LEMOS, ROBERTO; *Código Penal (PE)*; T 3; p. 430; LAJE ANAYA, JUSTO; *Comentarios al Código Penal*; Vol. III; p. 136.

¹³² Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; p. 604.

¹³³ Cfr. ROJAS VARGAS, FIDEL; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 588.

¹³⁴ Cfr. SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 190; CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 373; FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 299; ESTRELLA, OSCAR ALBERTO – GODOY LEMOS, ROBERTO; *Código Penal (PE)*; T 3; p. 430.

Desde la perspectiva filológica también la negociación incompatible no es otra cosa que un *interés en el negocio*¹³⁶. Se sostiene que si la ley comprendiera los intereses distintos a los de naturaleza económica patrimonial debería precisarlo expresamente, sin la generación de alguna duda. Por otro lado, desde la perspectiva criminológica el interés económico patrimonial encierra una mayor gravedad y disvaliosidad del acto respecto a otros intereses concurrentes¹³⁷.

Asimismo, la posibilidad de que haya otros intereses distintos al económico no quiere decir que no afecten el bien jurídico. Sin embargo, de la mano del principio de intervención mínima o extrema ratio del Derecho penal solo debe criminalizarse aquellas formas de afectación del bien jurídico más intensas y reprochables, dejando a otros sectores del ordenamiento jurídico la cobertura y reacción de las demás formas de ataque. Se debe evitar la configuración del proceso penal para perseguir comportamientos que pueden ser abarcados por el procedimiento administrativo disciplinario y que por su misma característica posee una modesta carga ofensiva o sencillamente no son portadores de un mismo grado de afectación del objeto de protección.

Debe diferenciarse nítidamente el interés patrimonial o económico que promueve el funcionario público en el acto en el que participa o influye de la motivación que impulsa y alienta su intervención que puede tener el más diverso cariz y que pueden ser políticas, afectivas, ideológicas e, incluso, éticas¹³⁸.

¹³⁵ Este argumento se replica [Véase: SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*; p. 881] sosteniendo que: «el hecho de que el acto administrativo deba ser un contrato u operación de contenido económico, no se deriva que el interés perseguido deba tener la misma naturaleza. También en un contrato se puede actuar por un interés espurio no administrativo que no sea de contenido económico».

¹³⁶ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; p. 604. En la doctrina argentina: CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 373.

¹³⁷ Cfr. PAGLIARO, ANTONIO; *Principi di Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 241. También: ANTONISEI, FRANCESCO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; Vol. II; p. 348.

¹³⁸ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 373.

Por otro lado, puede tratarse de un interés, ya sea propio o de un tercero¹³⁹. Se encuentra también dentro del ámbito de protección de la norma los contratos u operaciones que se relacionan directamente con actos legislativos o jurisdiccionales¹⁴⁰. Por tanto, debe erradicarse la idea que la única cobertura de la infracción son de los actos administrativos puros. El bien jurídico protegido no cambia de modo alguno en su afectación si es que el interés perseguido es del propio funcionario o de un tercero¹⁴¹.

El objeto del contrato o la operación puede recaer sobre bienes muebles, inmuebles, subastas, licitaciones, la suscripción y ejecución de contratos, las actividades financieras, entre otras¹⁴².

2.3. La dirección del interés: el contrato u operación.

El interés – tal como lo indica la ley – debe estar dirigido hacia cualquier contrato u operación. No se castiga la realización del contrato o la operación, sino *el abuso y el interés privado* que promueve el funcionario¹⁴³.

El interés que castiga la norma debe ser concreto y específico en relación a una operación o contrato. No basta un interés general como, por ejemplo, ocurre con la expedición de una norma general v. gr. decreto o reglamento¹⁴⁴ que no se relaciona con un contrato específico.

¹³⁹ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*, p. 883.

¹⁴⁰ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 322. En la moderna ciencia penal italiana: GAROFOLI, ROBERTO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; T I; p. 187; ROMANO, MARIO; *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali [Art. 314 – 335 bis]*; p. 257.

¹⁴¹ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*, p. 885.

¹⁴² Véase, MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 322.

¹⁴³ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 130.

¹⁴⁴ Cfr. DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 319.

La noción de *contrato* debe entenderse en sentido técnico, de la mano de los criterios que se manejan en el derecho privado¹⁴⁵ y el derecho público. No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad¹⁴⁶, tiempo de duración, sujetos intervinientes¹⁴⁷. Tampoco es relevante la materia o el carácter del mismo.

Sin embargo, debe tratarse de contratos en donde, por lo menos, una de las partes es una entidad pública, situación que difiere – y no se comprende en el contexto de tutela del bien jurídico – de los casos en donde lo único que hay un interés público, pero en el que no se verifica que una de las partes sea el Estado v. gr. contrato entre particulares. El interés público en un contrato no es condición suficiente para la configuración del delito de negociación incompatible. Resulta esencial que de algún modo intervenga la administración y sobre esta base el funcionario se interese.

Los contratos que la entidad pública promueve o suscribe pueden orientarse para beneficiar a una persona natural o a una persona jurídica¹⁴⁸ v. gr. sociedades mercantiles¹⁴⁹; ya sea de derecho privado o de derecho público, se encuentren o no inscritas regularmente. Es irrelevante si el contrato se firma con una entidad nacional o del extranjero.

Por otro lado, puede que el objeto del contrato verse sobre bienes muebles o bienes inmuebles, se refiera a locación de servicios, arrendamientos, préstamos, compraventa, abarque subastas, licitaciones, concursos públicos, adjudicaciones directas, etc. No basta que el funcionario con su intervención posea una expectativa de lucro. Es necesario que el contrato o la operación posea un carácter económico.

¹⁴⁵ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*, p. 374; BUOMPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 295; ESTRELLA, OSCAR ALBERTO – GODOY LEMOS, ROBERTO; *Código Penal (PE)*; T 3; p. 434; DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 322.

¹⁴⁶ Cfr. FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 300.

¹⁴⁷ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, p. 30.

¹⁴⁸ Cfr. ROMANO, MARIO; *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali [Art. 314 – 335 bis]*; p. 270.

¹⁴⁹ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*, p. 374.

Junto a la referencia al contrato la ley alude también a **cualquier operación**. Con ello se busca ampliar de manera adecuada las posibles áreas punibles en las que puede desplegar su actividad el funcionario público¹⁵⁰, habida cuenta que su intervención e interés no se limita necesariamente a los contratos, sino a otra serie de actos jurídicos de innegable valor e importancia. En efecto, hay casos en los que resulta sumamente discutible que se haya contratado v. gr. expropiación, secuestro, embargo, incautación de bienes, decomiso, etc.

La diferencia entre el contrato y la operación es que en ésta última hay por lo general una voluntad unilateral del Estado¹⁵¹ y no un acuerdo de voluntades como en el contrato.

No es necesario que el contrato u operación llegue a producirse, que se ejecute, que cause perjuicio al Estado o que, incluso, haya tratativas de los terceros con la administración¹⁵². Basta que el funcionario se interese y promueva un interés particular.

2.4 La legitimidad del acto [contrato u operación] de la administración pública

En la doctrina comparada se discute si es necesario que el acto que compromete a la administración – contrato u operación – debe ser legítimo o no.

La opinión mayoritaria se inclina por exigir que el acto sea **formalmente legítimo**¹⁵³. Si el acto es ilegítimo no se estaría ante un acto de la

¹⁵⁰ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, p. 30; DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 322.

¹⁵¹ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*, p. 374; ESTRIELLA, OSCAR ALBERTO – GODOY LEMOS, ROBERTO; *Código Penal (PE)*; T 3; p. 434.

¹⁵² Cfr. ETXEBARRIA ZARRABETIA, XABIER; *Fraudes y Exacciones Ilegales*, en *Delitos Contra la Administración Pública*, p. 206.

¹⁵³ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 130; CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*, p. 374; MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, p. 32; BUONPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 295; FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 299; ESTRIELLA, OSCAR ALBERTO – GODOY LEMOS, ROBERTO; *Código Penal (PE)*; T 3; p. 434; DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 322.

administración pública¹⁵⁴, por lo que es irrelevante si está conexo con otro acto simultáneo y legítimo de la misma administración. Se anota que si el contrato u operación no es legítimo el funcionario responderá por otros delitos¹⁵⁵. Ello ocurre con la venta oculta de bienes públicos, el desvío de fondos públicos para cumplir con intereses distintos a los inicialmente programados. La incompatibilidad de las funciones presupone que la actividad administrativa sea lícita v. gr. no comete delito quien se interesa por un contrato que viola, por ejemplo, la ley del presupuesto. La jurisprudencia argentina ha señalado que el delito en comentario no busca sancionar los negocios prohibidos, sino los negocios incompatibles con la administración pública¹⁵⁶.

En este ámbito debe distinguirse entre la legitimidad del acto funcional con la ilegitimidad del interés privado¹⁵⁷. Asimismo, la configuración de la negociación incompatible no quiere decir ni equivale a que el negocio que se realiza [contrato u operación] se encuentre prohibido o se trate de un acto absolutamente ilegal.

No es necesario que el contrato o la operación sea un acto administrativo nulo desde la perspectiva del derecho administrativo¹⁵⁸ ni que dicho contrato sea declarado como tal por el sector correspondiente de la administración o que ella haya iniciado las acciones correspondientes con ese fin, para declarar su ineficacia o que se inicien determinadas acciones civiles para obtener el resarcimiento o la reparación civil. En sentido contrario, la nulidad del acto administrativo o el inicio de las acciones legales respectivas no implica que se haya cometido el delito de negociación incompatible.

¹⁵⁴ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 321.

¹⁵⁵ Cfr. BUOMPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*; p. 296.

¹⁵⁶ Cfr. RUBIANES, CARLOS; *El Código Penal y su Interpretación Jurisprudencial*; T II; p. 1327; CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 374; FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 299; ESTRELLA, OSCAR ALBERTO – GODOY LEMOS, ROBERTO; *Código Penal (PE)*; T 3; p. 434.

¹⁵⁷ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 32.

¹⁵⁸ Cfr. PAGLIARO, ANTONIO; *Principi di Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 244.

El delito de negociación incompatible no consiste en la apropiación de bienes públicos, ni la obtención de ventajas mediante pactos venales, que podrían dar lugar al delito de peculado, sino más bien reside en el aprovechamiento de la condición de funcionario y de su competencia funcional para promover un interés propio o particular [de un tercero] distinto al de la propia administración pública¹⁵⁹.

2.5 Las modalidades típicas del interesarse

a) El *interesarse de manera directa*

Implica que el funcionario de manera personal manifiesta sus pretensiones o los intereses que promueve a través de actos externos y objetivos¹⁶⁰, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ejecución o liquidación del contrato¹⁶¹. Puede cometerse tanto por acción como por omisión¹⁶².

b) El *interesarse de manera indirecta*

Se produce cuando se utiliza a otras personas para la promoción o favorecimiento de los intereses particulares. No interesa si son funcionarios públicos o particulares¹⁶³. No es necesario que los terceros reciban una determinada utilidad o ventaja. Dichos intermediarios – en especial los particulares – poseen la condición de cómplices y no de autores por más importancia y peso que tenga su aporte. A ello se agrega que interesarse indirectamente también comprende el hecho de que se posea un interés de obtener un beneficio indirecto¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 316.

¹⁶⁰ Cfr. CRIEUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 373; ESTRELLA, OSCAR ALBERTO – GODOY LEMOS, ROBERTO; *Código Penal (PE)*; T 3; p. 432.

¹⁶¹ Cfr. ROJAS VARGAS, FIDEL; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 589.

¹⁶² Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 318.

¹⁶³ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 130; MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 315 y 319.

¹⁶⁴ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; p. 607.

En el Perú no se castiga de manera expresa e inequívoca el interesarse por persona interpuesta en el contrato u operación, como sucede y ocurre en otras legislaciones¹⁶⁵. Dicha forma reprochable del comportamiento que integra el injusto típico se encuentra subsumido en la modalidad de interesarse de manera indirecta.

El disvalor del acto se mantiene tanto cuando el funcionario se interesa de manera directa como cuando actúa por intermedio de otra persona¹⁶⁶. Incluso, dada la modalidad comisiva y la valoración objetiva de la conducta es posible afirmar que ésta última forma de acción reviste mayor gravedad del injusto, en la medida que intervienen una pluralidad de agentes, se demuestra una actuación coordinada y la actuación a través de una tercera persona obedece, en la generalidad de casos, al deseo de no comprometerse y obtener la impunidad.

El *interés* que se lleva a cabo a través de un tercero no necesariamente implica una hipótesis de testaferrato, o de obligatoria participación criminal, o que se obre con un mismo interés¹⁶⁷. Incluso, no es necesario que el tercero tenga una existencia física real. Puede tratarse de persona con nombre simulado o inexistente¹⁶⁸.

En la doctrina comparada la discusión para determinar el interés indirecto se refiere, según algunos, a si el interés beneficia a las personas íntimamente ligadas al funcionario como parientes próximos v. gr. mujer, hijos, hermanos, etc.; mientras que otros consideran que la alusión al interés directo es siempre el interés personal del funcionario que hace valer por persona interpuesta¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 319.

¹⁶⁶ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 371; MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 32.

¹⁶⁷ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 319.

¹⁶⁸ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 32.

¹⁶⁹ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO – MANUEL; *Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP*; p. 607.

Si bien es indiscutiblemente un indicio de la negociación incompatible el favorecer objetivamente en un contrato u operación a un familiar, pariente o amigo, hecho que amerita la apertura de instrucción y el inicio de un proceso penal, cosa muy distinta es que ésta sea una condición suficiente y baste por sí sola para condenar¹⁷⁰. Un indicio aislado, sin conexión causal que no concurra ni converja con otros indicios que ofrezcan contundencia no puede fundar una sentencia condenatoria. Necesariamente deben concurrir otras pruebas o indicios idóneos que desvirtúen la presunción de inocencia.

En el caso de la intervención de funcionarios públicos que solicitan una determinada conducta a otro funcionario promoviendo un interés particular, más que hablar de una conducta de participación nos enfrentamos a una situación de coautoría y/o autoría directa, siempre que se obre también en razón al cargo, pues si no se posee competencia funcional — como se indicó — solo se tendrá la condición de cómplice.

En caso que el funcionario utilice — mediante error o coacción — a otro funcionario estaremos ante una hipótesis de autoría mediata.

c) El interesarse mediante acto simulado

La ley no castiga en esta modalidad típica la *simulación in personam*, sino más bien la *simulación in actum*¹⁷¹. No se castiga aquí a quien actúa mediante persona interpuesta o disimulada¹⁷².

El acto simulado es aquel que se caracteriza por una voluntad discrepante de la voluntad real¹⁷³, expresada objetivamente y que tiene como fin producir la sola apariencia de un negocio jurídico u ocultar mediante un acto el hecho que verdaderamente existe o se quiere¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 319.

¹⁷¹ Por todos: NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 130; LAJE ANAYA, JUSTO; *Comentarios al Código Penal*; Vol. III; p. 135.

¹⁷² En contra: MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 32.

¹⁷³ Cfr. FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 297; BUONPADRI, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*; p. 295; DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 322.

¹⁷⁴ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 320.

La simulación puede ser absoluta o relativa¹⁷⁵. La primera se da cuando hay apariencia total del negocio y la segunda cuando el negocio simulado sirve para ocultar el verdadero. No interesa que la simulación verse sobre un negocio público o un negocio privado, siempre que sea el medio idóneo para la ejecución o consumación del delito.

Se comprende en esta variante típica los actos realizados directa o indirectamente por el funcionario pero que aparentan una determinada realidad o cierta situación. Se busca que el acto tenga una apariencia o una virtualidad distinta a lo que a primera vista parece v. gr. se hace participar de un concurso público a una persona jurídica inexistente¹⁷⁶.

No es necesario que el acto simulado sea de carácter administrativo o vinculado al derecho v. gr. cursar un oficio donde se informa al Presidente del Comité de adjudicaciones de un ascenso luego del resultado de la licitación. Puede tratarse también de actos que se revelan con una finalidad particular, pero que esconden una intención firme v. gr. invitación inédita a un viaje al extranjero, etc.

La simulación puede incidir en aspectos esenciales del acto o en aspecto circunstanciales del mismo, pero que dadas las circunstancias reflejan una gravitación decisiva.

Hay simulación cuando el funcionario para favorecer a una empresa en una licitación crea una tercera empresa de fachada para dar la imagen de una supuesta, pero inexistente competencia y así cumplir con las bases establecidas¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 373; MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 32.

¹⁷⁶ Cfr. BUONIPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*; p. 294; ESTRELLA, OSCAR ALBERTO – GODOY LEMOS, ROBERTO; *Código Penal (PE)*; T 3; p. 434.

¹⁷⁷ En sentido semejante: CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 374.

VIII. TIPO SUBJETIVO

1.- El funcionario debe actuar con conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo¹⁷⁸, interviniendo a través de cualquier acto que revele un interés especial en un contrato o en una operación. Se trata de un delito eminentemente doloso¹⁷⁹.

Es necesario el conocimiento que se está interviniendo en un contrato u operación estatal de manera directa o indirecta, ya sea en provecho propio o de un tercero¹⁸⁰ y que se realiza ejerciendo el cargo de funcionario público¹⁸¹, pues si, por ejemplo, éste interviene en el contrato u operación cuando se encontraba suspendido o inhabilitado por la razón que fuere para ejercer el cargo, difícilmente concurre el dolo [conocimiento] referido al actuar en razón al cargo.

El comportamiento se convierte en prohibido cuando el funcionario obra movido por un interés no administrativo. En este caso actúa en una desviación de poder¹⁸². No es necesario que el dolo abarque la conciencia de la afectación del patrimonio de la administración¹⁸³, ni la intención especial que se está obteniendo una determinada ventaja o beneficio¹⁸⁴ o

¹⁷⁸ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*, p. 888; CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*, p. 376.

¹⁷⁹ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 131; SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 191; MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, p. 36; FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 300; MALDONADO, HORACIO; *Manual de Derecho Penal (PE)*; p. 560; LAJE ANAYA, JUSTO; *Comentarios al Código Penal*; Vol. III; p. 136; DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 324.

¹⁸⁰ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*, p. 381.

¹⁸¹ Cfr. PAGLIARO, ANTONIO; *Principi di Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 261.

¹⁸² Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*, p. 888. En la doctrina italiana: FIANDACA, GIOVANNI – ENZO MUSCO; *Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 241.

¹⁸³ Cfr. FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 300; SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 191; LAJE ANAYA, JUSTO; *Comentarios al Código Penal*; Vol. III; p. 136.

¹⁸⁴ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*, p. 376; LAJE ANAYA, JUSTO; *Comentarios al Código Penal*; Vol. III; p. 136; DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 324.

que se está actuando con ánimo de lucro¹⁸⁵. Tampoco se castiga una especial o determinada forma de interés¹⁸⁶ v. gr. el patrimonial¹⁸⁷.

2.- Un sector de la doctrina sostiene que la única forma de dolo admitida en la negociación incompatible es el **dolo directo**¹⁸⁸. Sin embargo, la formulación amplia de la ley no impide que la infracción pueda cometerse, por ejemplo, por dolo eventual.

Nuestra legislación, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el derecho italiano no alude especial y expresamente a la **intencionalidad** del funcionario público, forma subjetiva que excluye el dolo eventual¹⁸⁹.

3.- Es posible el **error de tipo** como cuando el funcionario ignora o desconoce uno o todos los elementos del tipo objetivo¹⁹⁰. Por ejemplo, puede desconocer que ha sido designado funcionario público y antes de dicho acto muestra su interés en un contrato o en una operación¹⁹¹.

Si el funcionario cree o considera que su intervención no es indebida, como establece la ley, estaremos frente a casos de error de tipo y no frente a un error de prohibición¹⁹².

¹⁸⁵ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 131; MALDONADO, HORACIO; *Manual de Derecho Penal (PE)*; p. 560.

¹⁸⁶ Cfr. BUOMPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*; p. 296.

¹⁸⁷ De otro parecer: FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 300.

¹⁸⁸ Cfr. DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 324; BUOMPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*; p. 297.

¹⁸⁹ Cfr. FIANDACA, GIOVANNI – ENZO MUSCO; *Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 237; GAROFOLI, ROBERTO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; T I; p. 198; ROMANO, MARIO; *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali [Art. 314 – 335 bis]*; p. 274; PAGLIARO, ANTONIO; *Principi di Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 261; ANTOLISEI, FRANCESCO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; Vol. II; p. 348.

¹⁹⁰ Cfr. DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 324; FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 300.

¹⁹¹ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 383.

¹⁹² De manera semejante: ROMANO, MARIO; *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali [Art. 314 – 335 bis]*; p. 274.

IX. PARTICIPACIÓN

1.- No es necesario que el cómplice sea funcionario público¹⁹³. Puede tratarse de un particular¹⁹⁴. Los actos de colaboración pueden ser de naturaleza material o psíquica. En caso el acto de participación provenga de un funcionario público no es necesario que pertenezca al mismo sector de la administración en el que se desarrolla el acto o la operación.

Es **cómplice primario** la persona que actúa como intermediario **interesándose** en el contrato u operación¹⁹⁵, salvo que se trate de funcionario público que obra en ejercicio de funciones y tiene una injerencia directa en la negociación o la celebración de los actos jurídicos. También es posible la complicidad por coacción, siempre que ésta no revista gravedad¹⁹⁶. La parte beneficiada por el contrato en la medida que haya coordinado, se haya puesto de acuerdo o simplemente si está al tanto de las gestiones del funcionario puede ser considerada como cómplice¹⁹⁷.

No puede permitirse la calificación de partícipe automático al tercero cuyo nombre se invoca falsamente¹⁹⁸, ni al particular que contrata con la entidad estatal, dado que pueden mantenerse al margen de la negociación incompatible¹⁹⁹. Asimismo, carece de esta calificación el acto por el cual el

¹⁹³ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 132.

¹⁹⁴ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 381.

¹⁹⁵ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 36; SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 191; NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 132; CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 381; BUONPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*; p. 294; MALDONADO, HORACIO; *Manual de Derecho Penal (PE)*; p. 560; DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 325.

¹⁹⁶ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*; p. 888.

¹⁹⁷ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 381.

¹⁹⁸ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 319.

¹⁹⁹ Cfr. MILLÁN, ALBERTO; *El delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*; p. 36. Con matices: NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 132; FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 297 quien exige el comportamiento doloso.

funcionario interviene como autenticador, homologador o protocolizando un determinado acto²⁰⁰.

No es necesario que haya un acuerdo de voluntades entre el contratista [o el operador] y el funcionario que interviene en razón a su cargo. La ley no exige en absoluto para el perfeccionamiento de la infracción que medie un convenio previo entre el funcionario y los beneficiarios directos con los contratos y/o operaciones.

Será cómplice aquél que presta su apoyo o colaboración al funcionario que se interesa indebidamente en la contratación conociendo que existe un interés económico del funcionario público, aún cuando no se posea un elemento subjetivo especial como es el *interesarse*²⁰¹.

2.- Por su parte, puede ser considerado *instigador* el tercero [empresario o agente público] que determina o hace surgir la decisión criminal de interesarse en el funcionario, ya sea a través de actos de persuasión, presión o entrega de dádivas, supuesto último que dará lugar a la configuración del delito de cohecho.

Si esta tercera persona solo ha colaborado reforzando la decisión criminal ya tomada de interesarse en el contrato u operación estaremos ante un caso de complicidad psíquica.

X. CONCURSOS

1.- Si el funcionario no se limita a promover o a interesarse en los contratos u operaciones en los que participa la administración o la entidad estatal a la que pertenece, sino que obtiene determinadas ventajas patrimoniales apropiándose de dinero del Estado cometerá el delito de peculado²⁰² o, según el caso, cohecho.

²⁰⁰ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 323.

²⁰¹ Cfr. SANCINETTI, MARCELO; *Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas*; p. 888.

²⁰² Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 318.

Cuando el funcionario interviene en las diversas etapas de un mismo contrato u operación no se incurre en concurso real de delitos²⁰³, sino estamos ante una misma decisión criminal que se fracciona en todas las etapas del acto administrativo u operación en la que se participa.

2.- Asimismo, si el funcionario cuando se interesa en la promoción de un interés particular, propio o ajeno, ofrece alguna ventaja o dádiva habrá incurrido en el delito de corrupción activa de funcionarios.

3.- Si el funcionario público se interesa de modo simultáneo o en un diverso período por varios contratos u operaciones incurrirá en concurso real de delitos, descartándose la aplicación de un simple concurso aparente.

XI. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

1.- La consumación del delito se perpetra en el mismo *momento y lugar* en el que el funcionario público ha exteriorizado a través de cualquier *acto* su interés privado en el contrato u operación, ya sea suyo o de un tercero²⁰⁴, al margen si se llega a suscribir o no²⁰⁵. No basta solo tener un interés o portar la decisión²⁰⁶. No es punible la mera subjetividad. Es necesario algo más: debe haber un acto concreto y objetivo que demuestre de manera inequívoca la revelación de un interés prohibido sancionado por la ley.

No es necesario que el funcionario haya reiterado en una nueva oportunidad su interés, ya sea al mismo funcionario o a otro similar; o que haya revelado su propósito a todos los miembros del órgano colegiado o a los demás funcionarios que participan en el contrato u operación. Basta que el agente público haya mostrado en un primer acto la promoción o impulso de un interés privado²⁰⁷.

²⁰³ En contra: CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 378.

²⁰⁴ Cfr. SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 191; NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 131.

²⁰⁵ Cfr. LAJE ANAYA, JUSTO; *Comentarios al Código Penal*; Vol. III; p. 136

²⁰⁶ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 377.

²⁰⁷ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 327; SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 191.

La negociación incompatible constituye un delito de simple actividad²⁰⁸, por lo que carece de importancia si la conducta permanece o continúa en el tiempo²⁰⁹. En todo caso cuando se repite, insiste o reitera el interés de promover la pretensión privada a uno o varios funcionarios dentro de un contrato u operación habrá una mayor energía criminal que debe valorarse en la fase de determinación judicial de la pena.

Tal como se ha señalado no importa ni forma parte de la infracción el hecho que se haya producido una afectación al patrimonio de la administración pública²¹⁰, que se haya distorsionado un servicio, que se lo haya convertido en ineficiente o que haya obtenido una ventaja económica.

2.- El acto por el cual se refleja el interés del funcionario debe producirse necesariamente dentro un *ámbito estrictamente temporal*²¹¹, mientras se encuentra vigente el acto o la operación, ya sea preparándose o ejecutándose; de tal forma que cuando hay interés en un acto inexistente o en un acto que ya culminó, cerró o se canceló, no puede haber ni tentativa ni delito consumado de negociación incompatible²¹².

Asimismo, la intervención en el contrato o en la operación debe producirse cuando el funcionario interviene o coparticipa²¹³ por razón de su cargo dentro de la administración pública²¹⁴. Ello quiere decir que

²⁰⁸ Cfr. SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 190; CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 377; NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 131; FONTÁN BALESTRA, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 299; MALDONADO, HORACIO; *Manual de Derecho Penal (PE)*; p. 560.

²⁰⁹ En contra: MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 328; CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 377.

²¹⁰ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 131.

²¹¹ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 376; BUOMPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*; p. 296; DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Derecho Penal (PE)*; T III; p. 322.

En la doctrina italiana: ROMANO, MARIO; *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali* [Art. 314 – 335 bis]; p. 257.

²¹² En sentido similar: MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 323; SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 191.

²¹³ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 128.

²¹⁴ Cfr. BUOMPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*; p. 296.

si la intervención se produce cuando éste ya no es funcionario o cuando perteneciendo a la administración pública ya no cuenta con las competencias que le pueden hacer influir o intervenir el hecho el hecho será atípico.

Si al momento que la persona se interesó en el contrato o en la operación ya no tenía la condición de funcionario público no se podrá configurar el delito de negociación incompatible²¹⁵, salvo que haya dejado indicaciones expresas o actos administrativos o de otra índole enderezados a tal fin.

3.- Es posible la tentativa en la medida que la intervención del funcionario en el acto no puede llegar necesariamente a producirse por razones independientes a la voluntad del agente público²¹⁶. Asimismo, un sector de la doctrina considera como un caso de tentativa el supuesto en el que determinada operación requiere cumplir previamente un procedimiento administrativo fijado por la ley, el cual está compuesto por una serie de actos orientados hacia una misma finalidad²¹⁷.

Sin embargo, no es tentativa el caso en que el funcionario interviene mediante un acto objetivo, pero el contrato u operación no se llega a concretar por múltiples razones v. gr. intervención del órgano de control, desistimiento de las partes, etc. Por el contrario, se trata ya de un delito consumado.

El ámbito temporal típico se configura a partir de ciertas actividades administrativas precontractuales, de naturaleza administrativa o que constituyen los pasos previos a las operaciones v. gr. estudios, proyectos²¹⁸, etc.

²¹⁵ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*; T. 8; p. 315.

²¹⁶ Con dudas: CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 379. En sentido afirmativo: FIANDACA, GIOVANNI – ENZO MUSCO; *Diritto Penale [PE]*; Vol. I; p. 246; NÚÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T VII; p. 132; BUONPADRE, JORGE EDUARDO; *Delitos contra la administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*; p. 298. En contra: LAJE ANAYA, JUSTO; *Comentarios al Código Penal*; Vol. III; p. 136.

²¹⁷ Cfr. GAROFOLI, ROBERTO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; T I; p. 188; ANTOLISEI, FRANCESCO; *Manuale di Diritto Penale [PE]*; Vol. II; p. 349.

²¹⁸ Cfr. CREUS, CARLOS; *Delitos contra la Administración Pública*; p. 376.

No obstante, en todos estos casos el acto administrativo [contrato] o la operación deben empezar de manera inminente e inmediata a ejecutarse.

Por tanto, el interés tiene que haberse concretado durante la formación o preparación del acto, en su realización o cuando se encuentra ejecutándose²¹⁹.

²¹⁹ Cfr. MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública*, T. 8; p. 325.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS ¹

MARCO ANTONIO TERRAGNI

Universidad Nacional del Litoral, Argentina

1. ASPECTOS CONSTITUCIONALES: QUÉ ESPERA LA CIUDADANÍA DE UN FUNCIONARIO PÚBLICO

En una república representativa moderna, el pueblo no delibera ni gobierna en forma directa. Siendo así, quienes desempeñan las tareas atinentes a la conducción de los negocios de toda la comunidad y las personas designadas para cubrir los demás cargos públicos previstos por la ley, deben dar cuenta de las acciones que realicen en el carácter de tales, pues uno de los caracteres que identifican a la república, diferenciándola de las demás formas de gobierno, es la responsabilidad de los funcionarios ante la ley.

Como resulta obvio, aunque muchas veces no aparezca entendido en la realidad de lo que sucede, quienes desempeñan un empleo propio de la República no están a disposición de una persona (como ocurren con aquellos que se encuentran al servicio de un monarca absoluto o de un autócrata cualquiera), sino obran en beneficio de sus pares: ante la organización jurídica de todos deben responder.

En la Antigüedad el déspota procuraba tener personas que le obedeciesen confiablemente. Hoy es pueblo el que requiere hombres que actúen en provecho de todos sus integrantes. Cuando la ley habla de los *delitos contra la administración*, en realidad quiere decir que son crímenes contra el

¹ Adaptándolo, utilizo parte del texto que aparece en mi libro *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1ª reimpresión, 2005.

pueblo, contra toda la ciudadanía, la que exige a las personas designadas un desempeño correcto para que se cumplan los fines de beneficio común.

Por eso, cuando la doctrina reitera frases elementales, diciendo, por ejemplo, que la ley penal *protege el buen orden y funcionamiento de la administración*, no llega a desarrollar la idea, porque el que sufre, en definitiva, es el pueblo; no la administración, porque ella constituye apenas un instrumento creado por la comunidad, un medio instrumental para el servicio de los objetivos sociales, para ocuparse de los asuntos que incumben a todos. Ello confirma que los agravios punibles no son —dicho de manera precisa— delitos contra la administración sino delitos en perjuicio de los ciudadanos.

Lo expuesto en el párrafo anterior es así incluso teniendo en cuenta que hay otros intereses generales que la ley penal debe tutelar: Tomemos el caso del delito de *enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos*. No es una falta contra la administración, sino que ataca la necesidad que tenemos los ciudadanos de que tales individuos no abusen de sus cargos para hacerse ricos, olvidando así la necesidad de proceder con honradez; lo que es lo mismo, con rectitud y probidad.

El enriquecimiento ilícito es un delito grave: Efectivamente lo es, tanto en el sentido del vicio como también porque la corrupción de los funcionarios tiene una repercusión económica de enorme magnitud. Significando lo último mucho, lo más serio es la falta ética, pues ella lleva implícita una injusticia, en el sentido de que la propia existencia del Estado republicano no tiene razón si sus funcionarios no son virtuosos. De lo contrario es imposible alcanzar la justicia. Sobre esto es oportuna la cita de Platón, quien pone en boca de Sócrates las siguientes palabras: «Opino que lo que resta en el Estado, tras haber analizado la moderación, la valentía y la sabiduría, es lo que, con su presencia, confiere a todas esas cualidades, toda la capacidad de nacer y —una vez nacidas— les permite su conservación. Y ya dijimos que, después de que halláramos aquellas tres, la justicia sería lo que restara de esas cuatro cualidades².

Corresponde plantearnos una y otra vez la pregunta: *¿Qué espera la República de un funcionario?* y contestarla diciendo con Wilson que la sociedad requiere una forma de gobierno, cuya finalidad sea la de procurar un

² Platón, *República*, trad. Conrado Eggers Lan, Ed. Planeta-De Agostini, Bs.As., 1995, p. 175.

auxilio mutuo para el desenvolvimiento individual en el marco de mayor libertad posible. Así el gobierno es un instrumento al servicio de la sociedad; no debe dominarla.

Por nuestra parte damos más precisión a la idea: quienes no deben dominar a sus conciudadanos son los funcionarios públicos.

Sigue el recordado presidente norteamericano enseñando que el límite de las funciones del Estado es la cooperación necesaria para igualar las condiciones de los esfuerzos; para mantener las reglas uniformes en los derechos y relaciones individuales.

Su inacción sacrificaría a algunos individuos en beneficio de otros, en la escala de la riqueza y en la posición social³.

Ello nunca debe ocurrir: En resguardo del sistema republicano la ciudadanía tiene que distinguir, separadamente, las personas —sea cual fuese el cargo que ostenten— de las instituciones.

Recuerda el mismo Wilson un ejemplo elocuente a seguir: El ciudadano y el soldado romanos no conocieron la lealtad personal, es decir al individuo, sino que su fidelidad era hacia el Estado. La obligación de obedecer al magistrado solo duraba mientras el mandato de él estuviese vigente. La subordinación al magistrado no iba dirigida a él personalmente que lo era en su condición de representante del Estado⁴.

En el mismo orden de ideas hay que apuntar que el desprestigio de algunos funcionarios no puede ser trasladado a las organizaciones fundamentales de la sociedad: las instituciones son permanentes y merecen el máximo respeto, como que han sido organizadas por el conjunto social en beneficio de todos. Si la ciudadanía desconfiase de las instituciones en su conjunto, y no sólo de algunos hombres, daría paso (como ha ocurrido reiteradamente a lo largo de la historia universal) a aventureros que aspiran a tomar el poder y luego de conseguido, a ejercerlo de manera despótica.

Coinciden con el pensamiento anterior unas frases de Peco: «No hay que confundir la desviación de unos hombres con la corrupción de las

³ Wilson, Woodrow, *Elementos de política histórica y práctica*, trad. Adolfo Posadas, Ed. Americana, Buenos Aires, 1943, pp. 581 y ss.

⁴ *Idem*, p. 185.

instituciones. La codicia delictuosa no es un delito moderno, ni es inherente al régimen democrático. Todo negociado trasunta algo feo y desdoroso, pero algo más feo y desdoroso que los negociados son los actos de los que, so pretexto de hechos delictuosos, pretenden socavar las bases del gobierno popular y herir de muerte a las instituciones democráticas. Lo que en los regímenes democráticos perjudica no es la libre investigación, el descubrimiento de los hechos, la frecuencia del enriquecimiento ilícito, sino la tolerancia de los hombres y la complicidad de los partidos, la liviandad de las leyes y la impunidad de la justicia»⁵.

¿Cómo reducir este tipo de criminalidad?

Aparte de la cuestión principal, que consiste en la carencia de principios morales, se debe considerar —como lo hizo el Derecho cesáreo de la Roma Antigua— la facilidad para delinquir como un dato criminológico de máxima importancia y, por supuesto, trasladable a cualquier tiempo y lugar. Efectivamente, el funcionario tiene en sus manos el dinero público por lo que, a quien es deshonesto, le resulta relativamente sencillo cambiarle el destino en pos de un beneficio personal ilegítimo. Para más, muchos de los agentes públicos se dejan guiar por la sensación de que gozan de impunidad.

El dato tiene importancia en nuestra época. No sólo para el análisis criminológico sino porque, en ciertos supuestos, la concurrencia de la conducta de varias personas en un hecho puede acotar la tipicidad. Cuando se comete un delito con estas características uno de los problemas fundamentales es el de la imputación objetiva: a quién, y en base a qué pautas, dirigirla a alguien como autor y también cómo atribuir a los otros el carácter de partícipes. Los conceptos de la moderna Teoría de la imputación objetiva, en ese ámbito un poco reservado de la administración pública (lo que ocurre *puertas adentro*) auxilian porque distinguir una actuación adecuada a la ley de otra que excede sus marcos, gira en torno del incremento del riesgo (siguiendo ideas de Roxin) y en orden al desempeño de los respectivos roles (de lo que habla Jakobs). Justamente en este tema los roles son

⁵ Peco, José, *Proyecto de Código Penal (Exposición de Motivos)*, Instituto de Altos Estudios Jurídicos. Instituto de Criminología. Universidad de La Plata, La Plata, 1942, p. 543.

esenciales porque todos en la administración los tienen asignados. El delito se produce porque alguien dejó de lado su papel. Por ejemplo: el contador, quien debe negarse a librar una orden de pago si ella no tiene respaldo presupuestario, y permite —debido a su inacción— que la disposición patrimonial ilegal se lleve a cabo.

Una labor orientada a reducir la facilidad para delinquir debe incluir no sólo la implementación de controles eficientes sino eliminar, en cuanto sea posible, el problema de raíz. Ello significa, entre otras cosas, prescindir de la asignación de *fondos reservados*, sistema que es impropio de una República.

Más allá de estas cuestiones puntuales, lo que de seguro no se debe hacer es usar la ley penal de manera selectiva, de forma que a veces se juzga duramente a quienes han sido funcionarios y en otras ocasiones sus hechos, penalmente encuadrados, son olvidados; una y otra cosa teniendo como base consideraciones de política partidista.

Muchas de las normas dictadas en la materia, de formulación imprecisa, violan el principio constitucional de concreción de las leyes penales, y se transforman en el *cajón de sastre* de donde es dado sacar cosas para perseguir políticamente un funcionario al que se quiere hacer destituir o hacer renunciar; o a quien ya se ha reemplazado y se busca destruir como personaje público.

Es lamentable que ello ocurra, pero es que muchos de los tipos penales en este tema se prestan a ser interpretados de manera tan elástica que queda margen para considerar que una conducta es lícita o ilícita, según el mayor o menor rigor de quien debe aplicarlos, lo cual habilita el uso de la ley penal para tomar revancha y descalificar conductas que, en sí, no han afectado al bien jurídico bajo tutela. En esto la Prensa ejerce en ciertas ocasiones una gran presión con la finalidad de deshonrar a una persona que en realidad puede estar desempeñando una función pública (o haberlo hecho), honradamente. Y es que a menudo aparecen quienes, interesadamente, olvidan que la ley penal es el último recurso, y al que se debe acudir sólo en casos de comprobada delictuosidad y cuando para sancionar las conductas desvaliosas no sean suficientes las consecuencias regladas por el Derecho Administrativo.

La actuación del Estado tiene límites: No puede intervenir con relación a cualquiera de las acciones humanas; sólo lo puede hacer respecto de

aquéllas que ofendan el orden o la moral pública o perjudiquen a terceros. Esto significa que debe originarse un conflicto vinculado con alguna de esas específicas áreas. Todas las demás acciones son *privadas*, en el sentido de que les están reservadas a los individuos. Por contraste resulta claro que el Estado no puede castigar la mera desobediencia. Tiene que estar afectado algún interés intersubjetivo. De la acción tiene que derivar un perjuicio concreto; no es suficiente que concurra la voluntad de ocasionarlo. En la disyuntiva *desvalor de acción* o *desvalor de resultado* —que alguna doctrina penal moderna señala— no hay duda que el mandato constitucional rechaza que sea posible inclinarse por el primero, si fuese éste considerada como proveniente de una pura desobediencia, y no ofendiese el orden o la moral pública o perjudicase a terceros.

En general, el valor que se busca resguardar mediante la amenaza de pena es el desenvolvimiento, en el marco de la ley de la administración pública, como mecanismo que el Estado organiza para que la vida social se pueda desarrollar. Ese correcto desempeño puede ser alterado por algunos actos u omisiones de los funcionarios, previstos como punibles.

Mediante la amenaza de pena el legislador procura que los funcionarios sean probos. Esa rectitud es una virtud personal y trascendente; asimismo, por el valor que como ejemplo para el resto de los ciudadanos, brinda una conducta transparente.

Que constituya una exigencia constitucional que un bien resulte afectado para que la acción pueda considerarse delictiva, no es obstáculo para reconocer que está insito en la materia la idea de infracción al deber a la manera de los *Pflichtendelikten*, de la terminología germana⁶, porque en realidad lo que se persigue es asegurar bajo la amenaza de pena que las obligaciones puestas al servicio de la función pública deben necesariamente cumplirse y que lo contrario perjudica a todos. Aquí está el meollo de la cuestión.

⁶ Sobre delitos de deber, v. Jakobs, Günther, *El ocaso del dominio del hecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000. p. 89.

2. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

a. Texto legal

Art. 268 (2) C.P.: «Será reprimido con prisión o reclusión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

«Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

«La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

b. Antecedentes legislativos

Antes de la introducción de estas figuras era frecuente que se observara a funcionarios que incrementaban su fortuna en pocos años desde su asunción en un cargo público. No obstante era difícil comprobar la ilicitud de la procedencia de tal incremento patrimonial⁷.

El Proyecto Peco de 1941 (Peco) ubicó el tema del enriquecimiento ilícito en el principio del Título Tercero *Delitos contra la administración pública*, en el Capítulo 1 *Delitos contra los deberes de la función pública*. El art. 323 reprimía al «funcionario que lucrare, directamente o por persona interpuesta, para sí o para tercero, mediante el ejercicio de su cargo o la influencia derivada del mismo». En el art. 324 se sentaba el principio de ilicitud de todo aumento apreciable del patrimonio de un funcionario público, que no proviniesen de las causas que se enumeraban taxativamente en seis incisos. Bajo el acápite *Presunción de enriquecimiento ilícito*, se disponía que, «salvo

⁷ Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de derecho penal...*, op. cit., p. 316.

prueba en contrario, se presume enriquecimiento ilícito todo aumento apreciable del patrimonio, que no proviniere de las siguientes causas: a) Emolumentos legales del cargo; b) Ejercicio de profesión, oficio o actividad lícita, compatible con la función pública; c) Acrecentamiento natural de los bienes que se tenían al asumir el cargo o que se adquirieren lícitamente durante su ejercicio y las rentas que produjeran esos mismos bienes; d) Herencia, legado o donación por causa extraña a la función, acreditados por instrumento público; e) Hechos fortuitos; f) Ejercicio de derechos legítimamente adquiridos».

Peco cita como primer precedente el art. 323 del Proyecto a la ley guatemalteca sobre *Probidad administrativa* de 1931, inspirada en el doble propósito de sancionar a los funcionarios deshonestos y salvaguardar a los honestos⁸. Al fundamentar su utilización de una presunción legal, así como del correspondiente mecanismo de inversión de la prueba, señala que se trata de impedir que la habilidad del funcionario desbarate los propósitos de la ley reclamados por la opinión pública. Añade que para conciliar los principios de la defensa social con la exigencia de la justicia, no establece una presunción rígida sino una *iuris tantum*. Finalmente explica la razón del uso del calificativo *apreciable* para el enriquecimiento ilícito, diciendo que trata de precaver el rigor de la presunción legal considerando la posible negligencia del funcionario. Así se permite que el juez pueda corregir el rigor de la inversión de la prueba⁹.

En el art. 346 del Proyecto de 1960, y bajo la denominación *Enriquecimiento ilícito* había cuatro incisos: en el *b.* se describía la conducta reprimida por nuestro actual art. 268 (1) y en el *d.* se hacía lo propio con la figura del vigente art. 268 (2) con algunas variantes.

El texto se refería al «funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado: ... b, utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo; ... d, no justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable de su patrimonio, posterior a la asunción de un cargo público».

⁸ Peco, José, *Proyecto de Código Penal...*, op. cit., pp. 540 y 542.

⁹ *Ibidem*, p. 544.

El autor de la iniciativa reformadora reconoce que las previsiones legales en la materia son insuficientes debido a la gran dificultad práctica de la prueba de los hechos, habiendo tal situación dado lugar a absoluciones escandalosas de individuos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en pocos años de función pública, sin que sea fácil probar la procedencia ilícita de los bienes. Después de expresar que el uso de presunciones legales de ilicitud con su correspondiente inversión de la prueba es inaceptable en derecho penal porque puede resultar en la condena de un inocente, defiende el sistema propuesto en el Proyecto afirmando que ante un enriquecimiento efectivo, ocurre cuando media flagrancia, que los hechos acusan, y quien ha de explicarlos, para librarse de la evidencia derivada de esa prueba real, debe ser el reo. Apuntan también que existen deberes legales, como en los delitos de comisión por omisión. Por lo tanto, resulta viable imponer a los funcionarios un deber semejante al que recae sobre un administrador común, al cual se exige bajo amenaza penal una rendición de cuentas¹⁰.

El Decreto-ley 4778/63 agregó dos párrafos al art. 259 C.P. contemplando las figuras del enriquecimiento ilícito de funcionarios. El art. 259 C.P., según esta norma, decía: «Será reprimido... el funcionario público que, durante el desempeño o dentro de los tres años siguientes a su cesación en la función pública, no quisiere o no pudiere justificar ante la autoridad competente, cualquier incremento importante de su patrimonio, producido durante su desempeño y comprobado por dicha autoridad».

La Ley 16.648 de 1964 puso en vigencia el texto del Proyecto de 1960 ubicándolo como arts. 268 (1) y (2) C.P. «Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, el que al ser debidamente requerido, no justifiare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto¹¹.

¹⁰ *Proyecto de Código Penal-1960...*, op. cit., pp. 80 y 81.

¹¹ Este párrafo trajo todos los problemas de interpretación, a los que refiere la doctrina relativa a este texto: sobre la inversión de la carga de la prueba, cuándo debía producirse esa prueba; así como las objeciones constitucionales que se le formularon (Sancinetti...).

«La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de uno a cuatro años».

La Ley 25.188 de 1999 reformó el texto del art. 268 (2), dándole la actual redacción. Suprimió la facultad de solicitar por parte del funcionario requerido el secreto de la prueba del enriquecimiento por él ofrecida así como la prohibición de invocarla contra él para ningún otro efecto. Añade un segundo párrafo definiendo el enriquecimiento y eleva la pena para la persona interpuesta haciéndola igual a la escala prevista para el funcionario enriquecido.

Agregó finalmente la figura de la omisión dolosa de declaración jurada patrimonial y el falseamiento u omisión de insertar datos exigidos en tales declaraciones (art. 268 (3)).

c. Interpretación de la norma

§ *Bien jurídico protegido.* La ley resguarda el interés por prevenir la corruptela consistente en que, quien desempeña un cargo o un empleo públicos, persigan un incremento patrimonial usando esa tarea como medio para lograrlo. Tal aparece la razón fundamental que indujo a la incluir esta disposición en el derecho positivo argentino, a juzgar por la denominación del capítulo 9 bis: *Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados*. De la lectura del texto puede alguien pensar que la norma subyacente es: *Debes justificar la procedencia de un enriquecimiento patrimonial...*, y por lo tanto opinar que lo que aparece como lesionado en primer lugar es un deber, el que tiene el funcionario de acreditar el origen del incremento de su patrimonio.

En realidad, ha sido difícil para el legislador encontrar una fórmula apta para la represión eficaz de tales enriquecimientos ilegales. Constituye una tarea compleja comprobar que los aumentos patrimoniales de un funcionario han tenido como causa su participación en la función pública. A la luz del texto legal sancionado, queda la impresión de que el legislador no hubiese tenido más remedio que acudir a la solución de punir a quien no acredite el origen de tal incremento, como si interesara al Estado el cumplimiento del deber de justificar, cuando en verdad lo que desea castigar es el lucro obtenido de funcionarios desleales¹².

¹² A los errores de redacción de la norma alude Julio César Castro en su trabajo *El enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos*.

Sobre la *ratio legis* se ha resuelto:

Atento a que la tutela de la ley está dirigida a la protección de la corrección en la administración pública —en el sentido de transparencia, gratuidad y probidad de la propia administración y de quienes la representan—, la incriminación del incremento patrimonial apreciable e injustificado de los bienes del funcionario o empleado público durante la vigencia de la relación funcional o laboral representa una conducta que afecta la imagen y el decoro que aquéllos deben observar de acuerdo con razones de convivencia judicialmente irrevisables, ha venido a resguardar bajo amenaza penal. Es que el enriquecimiento patrimonial desproporcionado, *ab initio* sin justificación aparente, lesiona el bien jurídico, porque todos los administrados al percibir por sí mismos el cambio sustancial en el patrimonio de los funcionarios se representarán —fundada o infundadamente— que está originado en su actividad pública y, por ende, que los perjudica, ya que la Administración Pública tiene su única razón de existencia (objeto y fin) y sustento (económico a través de los tributos) en los ciudadanos¹³.

Jurisprudencia introductoria. Citamos el extracto de un auto de procesamiento para ir analizando las distintas facetas del precepto:

La resolución del Juez Galeano en el caso Alsogaray¹⁴ dice:

«En estos actuados María Julia Alsogaray no cumplió con el deber de justificar suficientemente el aumento apreciable de sus bienes durante el ejercicio de la función pública que la norma en cuestión impone a fin de evitar el aprovechamiento lucrativo de la función pública».

Declaración contra sí mismo. Lo primero que apuntamos es el problema procesal porque se está imputando a la ex funcionaria no haber cumplido con el deber de justificar el aumento de su patrimonio. Lo que se trasluce de esta resolución es que en la faz instructoria aparece que se le ha exigido justificar el aumento apreciable de sus bienes.

Este tema ya aparece en conflicto con normas constitucionales porque se estaría requiriendo una especie de prueba negativa, a partir de

¹³ CNCasación Penal, sala I, 5/8/2002, Pico, José M. y otra, *LL*, 2001.D, 252 y ss.

¹⁴ Diario *Clarín*, Buenos Aires, 25.8.2000.

presumir que el enriquecimiento es ilícito, olvidando incluso que el art. 18 C.N. establece que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. En este caso la abstención llevaría a la condena.

Sin embargo, y con buen criterio, se ha resuelto:

Es el Estado el que debe probar los extremos de la imputación delictiva fundada en los términos del art. 268 (2) del Código Penal, no invirtiéndose la carga de la prueba¹⁵.

Constitucionalidad de la norma. Nosotros nos adelantamos a exponer nuestra postura con respecto a este tema: En primer lugar advertir que el artículo plantea una cantidad de problemas de orden constitucional, pero como está vigente y no hay decisiones jurisdiccionales que enerven su aplicación por vicios de ese carácter, corresponde realizar el análisis dogmático del texto. Incluso la posibilidad de que se lo declare inconstitucional es bastante remota por las connotaciones éticas que tal disposición tiene y la natural resistencia a enervarla.

La interpretación que haremos no será literal. Procurará superar algunos defectos de redacción del precepto. Sí será una interpretación teleológica.

La frase del auto de procesamiento, que hemos transcripto precedentemente, termina así: «...a fin de evitar el aprovechamiento lucrativo de la función pública». Y aquí está el meollo de la cuestión: El interés jurídicamente protegido es ése. La ley procura evitar que un funcionario usufructúe en beneficio de sus propias arcas la función pública. Por supuesto que esta idea acarrea otros problemas, porque ese aprovechamiento lucrativo podría provenir, a su vez, de la comisión de otros delitos, como lo expon-dremos más adelante.

Reforma constitucional de 1994. El pronunciamiento, que estamos citando señala que a partir de la reforma de la Constitución nacional de 1994, el enriquecimiento ilícito quedó considerado como «un delito grave y doloso que atenta directamente contra el Estado Democrático»¹⁶.

¹⁵ C7ª Crim. Cordoba, octubre 20 de 1998, *LLC*, 1999-95.

¹⁶ Art. 36, 5º párrafo C.N. «Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos».

En realidad, el texto de la Constitución no se refiere en forma puntual al delito de enriquecimiento ilícito, sino que menciona delitos dolosos, cometidos contra el Estado, que conlleven enriquecimiento. Sin embargo, al legislador constitucional habría que señalarle una inconsecuencia, porque en realidad no se trata de delitos contra el Estado, ni son delitos (esto dicho en sentido estricto) contra la administración. Son delitos contra el pueblo, porque si fuesen delitos contra la administración, tanto daría que ésta fuese la de un Estado Monárquico o Totalitario, o la de un Estado democrático. Y en nuestro caso, estos delitos nos afectan a todos quienes somos el Pueblo. No se trata de un interés exclusivamente estatal el que está en juego.

Corresponde señalar también que existe un mandato proveniente del ámbito supranacional para sancionar como delito esta conducta, como que la ley 24.759 aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción, la que en su art. IX dispone: «Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados parte que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no puedan ser razonablemente justificados por él...».

La ética en la función pública. La resolución que citamos, para introducir los diversos temas, sigue diciendo: «Los valores que justifican la incriminación de conductas que la sociedad ha individualizado como actos de corrupción no son otros que la ética de la función pública y la responsabilidad emergente de representar al conjunto social, lo que impone al funcionario público una actuación ejemplar para el resto de la sociedad».

Y acá hay que hacer notar lo siguiente: En casi todos los antecedentes de esta figura (que son muchos, aunque su incorporación al Código Penal se haya producido varias décadas después de sancionado éste, como que hubo numerosos proyectos legislativos y dos textos anteriores al actual), así como en la doctrina (Carlos Lascano (h), Ricardo Levene (h), Ure-Orgeira, etc. y los autores tradicionales argentinos: Soler, Núñez, Fontán Balestra; sobre todo Núñez, quien fue en cierta forma el que dio el impulso final a la iniciativa); todos ellos se refieren frecuentemente a los aspectos éticos del asunto. A nosotros nos parece oportuno que se haya insistido

—y se insista— en la moral republicana, pero lo que no es correcto es que, detrás de un discurso de este carácter, se disimulen no solamente los defectos de redacción sino faltas mucho más serias, como es la afectación de los intereses de orden superior, protegidos por la Constitución nacional. En otras palabras: Está muy bien emplear los recursos que proporciona la Literatura, pero más importante es poner atención en el Derecho. Por eso, sin perjuicio que a los ciudadanos nos cause repulsión enterarnos de la existencia de conductas corruptas, acompañadas muchas veces de una impúdica ostentación de riqueza mal habida; y nos mueva a formular justificados reproches éticos, lo que corresponde es efectuar un análisis dogmático. O sea, dejar momentáneamente de lado el aspecto moral para adentrarnos en el jurídico.

Opiniones encontradas. La lectura de los antecedentes y de la doctrina revela la existencia de relevamientos muy parciales, a veces en favor de la figura y en otras ocasiones enfoques muy críticos en contra de ella.

Corresponde adoptar una determinación que separe, por un lado, lo que es ético de lo que es jurídico; y por el otro tomar en cuenta la evidencia de que, si la ley está vigente, corresponde ceñirse a lo que ella dispone. No puede dejársela de lado por más errores que contenga.

Análisis dogmático. La resolución, de cuyas expresiones partimos, continúa:

«A una persona que ejerce la función pública se le deben exigir pautas de conducta más rigurosas que al resto de los ciudadanos».

Esto es exacto y tiene trascendencia jurídica. El funcionario público debe ser una persona transparente y —exagerando— tendría que ser como un monje de clausura con respecto al dinero: Así como hay personas que entran a una congregación y se apartan totalmente de usar dinero, quien accede —y lo hace voluntariamente— a la administración pública tiene que abstenerse de usar lucrativamente las facilidades que da el cargo. Incluso debe saber que se expone a que la sociedad le imponga pautas de conducta distintas a las del resto de los ciudadanos.

Esta es una idea que el Derecho recoge, en el sentido de cómo se debe interpretar la ley; y recoge porque es una realidad. Y también se refleja en otras materias, como por ejemplo en los alcances de la libertad de prensa, según la recepción de la doctrina de la *real malice* por la Corte

norteamericana y sus reflejos en otros ámbitos forenses: Un funcionario público tiene que reunir características particulares y, entre otros aspectos, estar revestido de una especie de coraza para resistir las críticas que, dirigidas a otras personas podrían ser demasiado mordaces, y penetrar en el terreno de las imputaciones injuriosas. Lo mismo en cuanto al manejo del dinero el funcionario está condicionado por la necesidad de tener en cuenta pautas de conducta rigurosas hasta el extremo.

Ley y norma. La norma subyacente al art. 268 (2) dice: *Está prohibido enriquecerse aprovechando lucrativamente el desempeño de la función pública.* La ley penal se encuentra complementada con un sistema complejo para asegurar que sólo por medios lícitos ese enriquecimiento pueda producirse (declaraciones juradas, avisos cada vez que se produce un incremento patrimonial lícito, etc.). El problema básico a determinar es si el Estado tiene derecho a considerar que un enriquecimiento, cuyo origen el funcionario no revela, es delito.

El texto del art. 268 (2) no es simple, porque aparentemente lo que está prohibiendo es no justificar ante un requerimiento. Sin embargo eso es secundario; se trata de una forma de elaboración lingüística de la figura delictiva, pero el delito consiste en enriquecerse aprovechando el desempeño de una función pública. Incluso pensamos que, si el legislador lo hubiese expresado de esa manera se evitarían todos los problemas de interpretación pues *a contrario sensu* se entendería que todas las formas lícitas de enriquecerse son distintas a la conducta consistente en aprovechar la función pública para enriquecerse.

La norma básica, de la que la ley es reflejo, prohíbe lucrar, sacando ventajas de la circunstancia de estar desempeñando una tarea vinculada con el Estado. A su vez esta regla es complementada con un sistema más amplio, fundamentalmente con la Ley de Ética en la Función Pública, procurando asegurar que sólo por medios lícitos el incremento patrimonial pueda producirse. De manera que una persona, que acepta desempeñar una función pública no tiene nada que temer; sí tener conciencia de que si incurre en un delito de este cariz, será castigado. Pero no tiene porqué temerle a la ley, ni tiene porqué temerle a los problemas complejos que este tipo delictivo acarrea, porque si el que ingresa a la administración pública hace su declaración jurada y cada vez que se produce un aumento apreciable de su patrimonio lo declara, identificando la fuente, cuando termina su

período tendrá clarificada su situación patrimonial y nadie le podrá formular imputaciones. Esa es la esencia de esta figura penal y el sistema que se le ha dado hoy a las cuestiones vinculadas con la ética pública.

Sin embargo, en sentido contrario a nuestra interpretación se ha resuelto:

El art. 268 (2) C.P. no viola ningún derecho protegido constitucionalmente. La acción no es la de enriquecerse sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no está consagrando una presunción sino imponiendo un deber y sancionando un incumplimiento.

No puede negarse que, ante un enriquecimiento efectivo, no presunto, ocurre como cuando media flagrancia, que son esos hechos notorios los que acusan y que, quien ha de explicarlos para librarse de la evidencia derivada de esa prueba real, debe ser el reo.

Ante esa estructura del delito, en presencia del grueso enriquecimiento patrimonial del imputado, y ante la ausencia de una mínima explicación suya al respecto, es evidente que ninguna norma constitucional puede resultar violada por el dispositivo legal de aplicación, el cual tiende a resguardar el honesto y correcto comportamiento de los funcionarios y a evitar que esas funciones se utilicen para beneficiar al agente al margen de la ley, en lugar de procurar el bienestar general, como es el deber genérico del servidor público¹⁷.

La redacción del precepto. El que reprime el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos es un tipo penal que padece de una deficiente escritura, pero el espíritu que guía este artículo es loable. Muchos analistas sostienen que esta norma es inconstitucional, en lo que disentimos.

La labor del intérprete consiste en conciliar racionalmente la evidencia de que el artículo está vigente, la muy remota posibilidad de que un tribunal lo declare inconstitucional y las cuestiones procesales que pueden presentarse.

Acción típica. Lo que se castiga es el enriquecimiento, por lo cual la conducta consiste en enriquecerse en razón de las posibilidades provenientes del desempeño de la función pública. Alguna doctrina sostiene que es

¹⁷ CNCrim. y Correc., Sala I, junio 11-998, LL, 1999, B, 336, fallo N° 98520.

inconstitucional porque exige una prueba (negativa) de que el enriquecimiento es correcto, siendo que el acusado tendría que tener garantizada la posibilidad de guardar silencio, absteniéndose de prestar declaración cuando es indagado, sin que ello le produzca consecuencias procesales desfavorables. Sin embargo, como existen mecanismos que le permiten aportar la prueba de que el incremento patrimonial es legítimo, su derecho a la defensa en juicio no resulta vulnerado.

No está prohibida la acumulación de bienes, pero hay un mecanismo de control para asegurar que ella no provenga de una fuente ilícita.

Enriquecimiento y delito. La doctrina crítica arguye que la previsión legal obedece a la circunstancia de que hay conductas delictivas de los funcionarios que no se pueden descubrir. Por lo que se habría ideado este mecanismo para eludir una investigación prácticamente imposible.

En orden a ese pensamiento hay que decir que el problema básico consiste en examinar si el Estado tiene derecho como para considerar que el enriquecimiento sea alcanzado por una ley penal. Nosotros entendemos que, en el contexto de la figura que estamos considerando la respuesta es por la afirmativa. Tampoco hay que olvidar que el incremento tiene que ser «apreciable», y la entidad queda a criterio del intérprete, que a su vez debe obedecer a pautas objetivas.

Para analizar si el Estado tiene derecho a considerar como delito el enriquecimiento, nos encontramos con dos aspectos de orden constitucional. Uno de ellos lo constituye el límite de la intervención estatal, frontera entendida en el sentido del art. 19 C.N., porque esa norma resguarda la zona de libertad de las personas y solamente en aquellos casos en que están en juego el orden o la moral públicos o se cause un perjuicio a terceros, el Estado puede comenzar a actuar; lo demás es acción reservada.

Examinando el tema a partir de ese artículo resulta correcto que el Estado intervenga en este orden de hechos, porque respecto de ellos no es la ética individual la que está bajo examen sino la moral pública. Es la forma de determinar cómo debe desempeñarse la función pública la que está en cuestión.

El momento del hecho. El segundo problema está vinculado con la esencia de lo que debe ser la legislación represiva de un Estado democrático de Derecho: El art. 18 C.N. dice que nadie puede ser condenado sin juicio

previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Siendo así no se puede imponer pena debidas a conductas genéricas o a maneras de ser o de pensar. En este terreno la dificultad que hay que superar, vinculada al art. 268 (2) consiste en determinar en qué consiste el acto. Ello porque la acumulación de bienes se podría ir produciendo en distintos momentos; como que no se puede pensar –salvo en algún supuesto excepcional– en un enriquecimiento acontecido en un solo instante. Incluso si el enriquecimiento se produce a través de momentos sucesivos, al principio el aumento patrimonial puede no ser «apreciable» y adquirir entidad en algún instante a lo largo de ese proceso. Por supuesto que esta cuestión temporal tiene mucha importancia para determinar, asimismo, el momento consumativo, a los efectos de considerar la capacidad del sujeto en el momento del hecho (art. 34 inc. 1 C.P.) y para calcular el comienzo del lapso de prescripción de la acción penal.

El respeto a los principios básicos. Los juristas pretendemos que todas las estructuras legales respeten los principios básicos de la Constitución nacional; sin embargo, la legislación argentina presenta ciertos flancos débiles: A modo de ejemplo se puede señalar el delito de tenencia de estupefacientes para uso personal. El Estado aparece sosteniendo que esa conducta afecta el bien jurídico *salud pública*. La simple tenencia constituye la acción prohibida. No es una presunción –la posibilidad del perjuicio– que admita prueba en contrario; es lisa y llanamente una prohibición. Por su parte, el tipo del art. 268 (2) determina que el enriquecerse, aprovechando la oportunidad de desempeñar una función pública, también está prohibido. No existe diferencia entre ambas interdicciones.

También se puede comparar la situación que plantea la figura del enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos con el tipo de homicidio y lesiones en riña del art. 95 C.P. en el que un defecto de prueba origina una sanción: como no se sabe quién ejerció la violencia se imputa como autores a todos los que han intervenido en la reyerta.

Es válido plantear objeciones sobre la constitucionalidad de la norma, aunque se ha resuelto:

No se advierte ningún óbice constitucional en que a los funcionarios o empleados públicos les sean exigidos ciertos deberes, en calidad de requisitos previos y permanentes, a partir del inicio de la relación de empleo público, durante ella y hasta determinado tiempo

posterior a su desvinculación de la función, los que en ciertos casos importan renunciaciones admisibles a garantías constitucionales; por caso, la obligación de presentar declaraciones juradas patrimoniales que significan resignar el derecho a la privacidad.

No debe verse en el requerimiento de justificación exigido por el tipo una inversión del cargo de la prueba —con afectación del principio que resguarda el estado de inocencia que conserva todo imputado hasta su destrucción por una sentencia condenatoria firme— ni la vulneración del derecho fundamental de no «ser obligado a declarar contra sí mismo» (art. 18 C.N.)

Tampoco es posible confundir la prohibición de declarar contra sí mismo establecida en el art. 18 C.N., con la justificación legalmente requerida frente a un enriquecimiento patrimonial desmedido posterior a la asunción de un cargo o empleo público, cuando ese aumento excede evidentemente las posibilidades económicas provenientes de ingresos legítimos.

Si se le otorga la posibilidad de aclarar su situación patrimonial y la desprecia, ningún derecho fundamental podría esgrimir como lesionado. Siendo el enriquecimiento apreciable o sea, al menos notorio, el expreso reconocimiento de su justificación, elevado en este caso a condición objetiva de punibilidad, es un resguardo más de garantía a favor del imputado. El requerimiento, pues, no afecta el *nemo tenetur* y lejos está, entonces, de poder interpretarse como una inversión de la carga de la prueba que afecte el estado de inocencia (*in dubio pro reo*)¹⁸.

En presencia del grueso enriquecimiento patrimonial del causante, y ante la ausencia de una mínima explicación suya al respecto, es evidente que ninguna norma constitucional puede resultar violada por el dispositivo legal de aplicación, el cual tiende a resguardar el honesto y correcto comportamiento de los funcionarios y a evitar que esas funciones se utilicen para beneficiar al agente al margen de la ley, en vez de procurar el bienestar general, como es el deber genérico del servidor público¹⁹.

¹⁸ CNCasación Penal, sala I, 5/8/2002, Pico, José M. y otra, LL, 2001.D, 252 y ss

¹⁹ CNCrim. y Correc., sala I, junio 11-998, Vallone, José A., LL, 1999-B, 336 y ss.

La causa del enriquecimiento. Alguna doctrina pone el acento en el hecho de no justificar la procedencia del enriquecimiento patrimonial. Pero hay que entender qué papel juega esto en la estructura general del delito: Es un elemento normativo del tipo²⁰. No obra a la manera de una causa de justificación, sino que integra el tipo. Ese elemento normativo equivale a que la ley dijese *ilegítimamente*: el que se enriqueciese *ilegítimamente*. Aquí lo está expresando con una fórmula distinta: *El que se enriquezca durante el desempeño de la función pública solamente lo podrá hacer de una manera lícita*.

También hay que examinar qué alcance tiene la palabra *justificar* en este contexto. Si se interpretase solamente como *explicar la causa* del enriquecimiento, el imputado podría declarar cuál es el origen del incremento patrimonial, confesando la comisión de otro delito, lo que —aparte de acarrearle eventualmente una condena, generaría la necesidad de examinar las cuestiones concursales implícitas.

El problema puntual de la falta de justificación es que, según alguna doctrina, se pretende convertir en delito la conducta que no desvirtúa la sospecha de que *algo malo, delictivo*, seguramente el autor habrá hecho; sin especificar —en definitiva— qué se le imputa y reprocha²¹.

Quienes opinan así lo hacen con la convicción de que como muchos de los delitos de los funcionarios públicos no se pueden probar, el legislador, al incluir esta fórmula, pretende castigarlos, de cualquier manera que fuese. Según este razonamiento puede ser que el individuo hubiese cometido cohechos o peculados y como no se los puede probar, se ha buscado un atajo multidireccional para reprimir.

Sin embargo, aunque ésa hubiese sido la intención del legislador, la ley (que vive por sí misma) debe interpretarse de otra manera: El tipo del art. 268 (2) no se superpone a las otras previsiones penales, sino que cubre una nueva zona de ilicitud. Esta es, precisamente, la de enriquecerse aprovechando las facilidades que brinda la función pública.

²⁰ En su trabajo doctrinario acerca de este delito, Julio César Castro propicia que la llamada *justificación* no integre el tipo, sino que —como cualquier otra explicación, sea facultativa y su silencio no sea más que el uso de la garantía constitucional que veda imponer la declaración contra sí mismo.

²¹ Sancinetti, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, art. 268, 2, C.P. *Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 88.

Sancinetti sostiene que la Constitución nacional garantiza al individuo el derecho de aumentar, disminuir y mantener inalterado su patrimonio, e invoca el art. 17 C.N., pero el argumento es endeble: lo que esa norma garantiza al individuo es el uso y goce de su propiedad contra los actos del Estado, pero ningún precepto constitucional impide que el Estado eleve a la categoría de delito ese incremento patrimonial, que no tiene un origen lícito. La Ley de Ética Pública indica cuáles son las prohibiciones que tiene impuestas quien accede a la función y cuáles son las condiciones que se le imponen. Quiere decir que a los contratos generales, propios del Derecho Administrativo, se le ha agregado una serie de condicionamientos contenidos en esa ley. El que quiera acceder a la administración o desee seguir siendo funcionario, debe ajustarse a esas reglas; si no, abstenerse de ingresar o abandonar el cargo, volviendo a desempeñar una actividad privada, con la cual podrá enriquecerse sin que ello le sea cuestionado.

Concurso de delitos. Como señalamos antes, entre todos los problemas que plantea el art. 268 (2) se encuentra la cuestión concursal: Si hay un incremento patrimonial y ese enriquecimiento es producto de un delito, habrá dos hechos punibles: por ejemplo, cohecho y enriquecimiento ilícito.

El art. 268 (2) constituye un delito autónomo, cuya sustancia consiste en la prohibición de enriquecerse aprovechando el desempeño de la función pública. Y esto puede ocurrir sin que necesariamente sea el producto de alguna de las otras conductas tipificadas. Así la cantidad de maniobras subterráneas, que se conocen y que la Prensa frecuentemente da a conocer, relativas al empleo abusivo de fondos reservados, a la percepción de viáticos sin que se deban rendir cuentas del empleo del dinero, al nombramiento de asesores que devuelven el *favor* en forma de reintegro, a quien los ha designado, de una proporción de sus haberes, y otras tantas manipulaciones del mismo jaez.

¿Delito de comisión o delito de omisión? Una cuestión que corresponde abordar es si se trata de un delito de comisión, de omisión o de una figura compleja, que exige dos comportamientos: Enriquecerse y no justificar.

La redacción hace difícil interpretar el texto, siendo que, si no estuviese compuesto como lo está, ni siquiera habría una cuestión temporal en juego; pero dice: *el que al ser debidamente requerido*. Está marcando un momento, como que el delito empezaría entonces. Sin embargo hay un error: Si fuese un delito de desobediencia, lo que se estaría castigando sería el

hecho de no justificar. Pero la sustancia del delito no es ésta. La interpretación teleológica determina, indudablemente, que lo que está reprimido es el enriquecimiento ilícito; no la falta de justificación. Incluso se demuestra que esto es así prestando atención a la magnitud de la pena; porque los delitos de desobediencia nunca tienen una sanción tan severa como la prevista por el art. 168 (2): reclusión o prisión de dos a seis años, inhabilitación absoluta perpetua y multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento; todo lo ello resulta claramente incompatible con el castigo, que debería ser mucho menor, si derivase de la mera omisión de un deber.

Tampoco puede tratarse de un delito de omisión, pues se plantearía un problema al considerar la situación de la persona interpuesta, que menciona la última frase del precepto; porque hay que preguntar ¿cuál es el delito que se le imputa a ella? Su acción tiene que complementar la actuación principal enderezada al enriquecimiento; no está relacionada con la omisión de justificar.

Entonces el delito no puede ser omisivo; es comisivo.

Así se ha resuelto:

La norma del art. 268 (1) prevé un delito de comisión, cuya acción es la de enriquecerse patrimonialmente en forma considerable («apreciable», dice la ley) e injustificada durante el ejercicio de un cargo público²².

d. Tipo objetivo

El requerimiento. Este sustantivo, usado por el texto, es sinónimo de *intimación*. Se corresponde con el aviso, manifestación o pregunta que se formula exigiendo una respuesta. En la órbita de quienes se encuentran comprendidos en las disposiciones de la Ley de Ética Pública, el requerimiento debería partir de la Comisión de Ética Pública. Pero también es posible que el requerimiento sea una actuación jurisdiccional. Podría ser parte de la actividad del fiscal o del mismo juez de instrucción.

²² CNCasación Penal, sala I, 5/8/2002, Pico, José M. y otra, LL, 2001.D, pp. 252 y ss.

En este último caso se manifiesta la objeción más seria que plantea alguna doctrina, aquélla que sostiene que el precepto es inconstitucional. Pues si se interpretase que el delito consiste en la no justificación ante la exigencia de revelar la fuente del incremento patrimonial, el delito se consumaría ante el propio juez; y esto es una cosa absolutamente insólita. En cambio, tal como nosotros lo sostenemos, el delito se consuma con el propio enriquecimiento; el hecho de que el juez le impute ese enriquecimiento no cambia lo que es normal: el órgano de la acusación debe probar que ese enriquecimiento es producto del aprovechamiento de las ventajas que le brindó el desempeño de la función pública; en tanto que el imputado tiene, como en todo juicio, que defenderse y probar, en su caso, que esa prosperidad fue el fruto de una actividad distinta.

Sobre el *requerimiento* se ha resuelto:

El «debido requerimiento» al que alude el art. 268 (2) del Cód. Penal, es el acto emanado de autoridad pública por el cual se intima con fuerza de ley, al funcionario o ex funcionario, haciéndole saber de la constatación de un incremento apreciable en su patrimonio o del de persona interpuesta para disimularlo, producido durante el desempeño de la función, y tiene por objeto la justificación con razones o argumentos convincentes de que la procedencia del mismo reconoce un origen legítimo.

El requerimiento al que se refiere el art. 268 (2) del Cód. Penal, debe ser específico, sin omisión de particularidad alguna en cuanto a evidenciar accidentes de tiempo, lugar y modo.

El «requerimiento debido» al que alude el art. 268 (2) del Cód. Penal, no puede ser suplido por el acto de la indagatoria judicial llevado a cabo por el juez de instrucción, por cuanto, siendo el mismo una exigencia del tipo, su ausencia en forma impide la justificación y en consecuencia la tipificación de la conducta punible.

El tipo del art. 268 (2) Cód. Penal, exige que vencido el término del requerimiento debido el funcionario público no justifique o su justificación sea insuficiente para que su conducta sea penalmente relevante, de lo contrario, sólo consistiría en enriquecimiento apreciable que se presume lícito.

El término a tener en cuenta para la tipificación de la conducta punible del art. 268 (2) Cód. Penal, es el del vencimiento del plazo del requerimiento formulado por autoridad competente²³.

El requerimiento es una condición objetiva de punibilidad²⁴.

Acciones típicas. No justificar. La letra del precepto refiere a la omisión de acreditar la procedencia legítima del incremento patrimonial. Tal conducta se configura entonces al no aportar pruebas, o hacer una contribución insuficientemente- acerca de cuál es la razón lícita de la variación patrimonial. Tal inteligencia del verbo *justificar* se compadece con la segunda acepción que en la lengua castellana se le atribuye, a saber, *probar una cosa con razones convincentes, testigos y documentos*, y con la tercera: *rectificar o hacer justa una cosa*.

Ahora bien: Se le exige que demuestre la licitud del incremento patrimonial; lo que se espera del funcionario es que exponga mediante pruebas cuál es la causa del mismo. Si tal causa es un hecho ilícito, entonces podrá evidenciarse la comisión de algún otro delito, pero no el contemplado en el art. 268 (2)²⁵. Sin embargo, ateniéndonos a que el vocablo *justificar* se deriva del sustantivo *justificación*, y que el significado de éste es *conformar a lo justo*, no parece viable decir que quien arrima pruebas de que ha aumentado su patrimonio mediante un hecho ilícito realmente ha justificado tal enriquecimiento, solo ha acreditado la causa, pero no ha mostrado que sea justa.

Los medios de prueba podrán ser de cualquier naturaleza. En caso de existir dudas respecto de la justificación perseguida, entrará a jugar el principio *in dubio pro reo*²⁶.

Acerca de la carga de la prueba se ha declarado:

La obligación de probar que el aumento del patrimonio del funcionario o empleado público no proviene de sus haberes o ingresos normales ni de otra fuente lícita, es propia del fiscal, quien no es sustituido en esa carga por el imputado, el que sólo debe justificar la procedencia de su incremento patrimonial²⁷.

²³ C7ª Crim, Córdoba, octubre 20 1998, *LLC*, 1999-95.

²⁴ CNCasación Penal, sala I, 5/8/2002, Pico, José M. y otra, *LL*, 2001.D, pp. 252 y ss.

²⁵ Creus, Carlos, *Delitos contra la administración pública...*, op. cit., p. 419.

²⁶ Creus, Carlos, *Delitos contra la administración pública...*, op. cit., p. 419.

²⁷ CNCasación Penal, sala I, 5/8/2002, Pico, José M. y otra, *LL*, 2001.D, pp. 252 y ss

Enriquecimiento: El segundo párrafo del art. 268 (2) presenta una definición de la palabra enriquecimiento, a la cual ha de atenerse el juez: lo habrá cuando el patrimonio hubiese aumentado con dinero, cosas o bienes (aumento del activo) o cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban (disminución del pasivo).

Por otra parte, tal modificación económica deberá ser *apreciable*. Dada la amplitud —y además la posibilidad de abrir la puerta a valoraciones totalmente subjetivas por parte del juzgador de este adjetivo calificativo— es necesario precisar su alcance. Obviamente no puede acudirse a cifras arbitrarias. El carácter ponderable, ha de encontrarse comparando el estado del patrimonio del agente antes de asumir el cargo público con su situación económica actual, para determinar si es posible que haya evolucionado de esa manera conforme a las capacidades crematísticas de la persona.

Finalmente, el enriquecimiento habrá de ser considerado dentro del lapso *posterior a la asunción del cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño*. Lamentablemente queda excluido así del deber de justificar el aumento patrimonial ocurrido antes de la asunción, siendo que es posible que el futuro funcionario se beneficie con los favores de quienes esperan una contraprestación del mismo una vez que se halle en el ejercicio de la función pública²⁸.

La persona interpuesta: El tercer párrafo del art. 268 (2) ha sido reformado en 1999. Prevé desde entonces la misma pena con la que amenaza al autor del delito del primer párrafo, a la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento.

Como la figura principal alude a la omisión de justificar, la persona interpuesta no está obligada a cumplir ese deber. Tal individuo es entonces sujeto activo de una verdadera figura delictiva autónoma y su conducta consiste en disimular el enriquecimiento ajeno. Sin embargo, como su actuación depende de la conducta ilícita del funcionario, lo normal sería que tal situación estuviese sujeta a las reglas de la participación criminal, tal como sugiere Julio César Castro, en el trabajo doctrinario ya citado, abogando por una reforma a la redacción del texto²⁹.

²⁸ Núñez, Ricardo, *Tratado de derecho penal...*, op. cit., p. 145.

²⁹ Su propuesta es: «Será reprimido con reclusión o prisión... multa e inhabilitación el funcionario público que se enriqueciera ilícitamente, con posterioridad a la asun-

Sobre el tema se ha resuelto:

El dolo del partícipe necesario del delito tipificado por el art. 268 (2) del Cód. Penal, se manifiesta en la colaboración que brinda al autor al prestar su nombre para encubrir las inversiones por él realizadas, a sabiendas que el funcionario público está violando las normas que protegen la corrección funcional.

El art. 268 (2) del Cód. Penal, no describe una acción punible para el caso del testaferro, pues ésta solo se prevé para quien sea autor principal. Pero, al fijar dicha norma un modo de realización del tipo que incluye la colaboración de terceras personas, el castigo de éstas está señalado por el concurso que prestan al funcionario para disimular su enriquecimiento³⁰.

La figura de la persona interpuesta que tipifica el art. 268 (2) *in fine* C.P. tiene un carácter accesorio y dependiente de la figura principal³¹.

e. Tipo subjetivo

El dolo exige el conocimiento de aprovechar los beneficios de ejercer una función pública para aumentar el patrimonio, no obedecer el requerimiento que se le formula para clarificar su situación y en la voluntad de actuar. Quien ha incrementado su haber indebidamente, no podrá aportar pruebas que convezan de lo contrario.

Como el dolo consiste en el conocimiento de lo que se está haciendo y la voluntad de concretarlo es dable observar que quienes aprovechan las ventajas que proporciona el ejercicio de la función pública para enriquecerse, meditan acerca de la forma de hacerlo y enderezan su conducta para lograrlo, aún cuando ese accionar no encuadre en alguno de los otros delitos contra la administración.

ción del cargo o empleo público y hasta doce años después de haber dejado su desempeño.

«Se entenderá que hubo enriquecimiento cuando el patrimonio se hubiera incrementado con dinero, cosas o bienes o cuando hubiera cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaran.

«La persona interpuesta para disimular tal enriquecimiento será sancionada conforme a las reglas generales de la participación criminal».

³⁰ C7ª Crim, Córdoba, octubre 20 1998, *LLC*, 1999-95.

³¹ CN Casación Penal, sala I, 8/5/2000, Pico, José M. y otra, *LL*, 2001-D, pp. 251 y ss.

ELEMENTOS ESTRUCTURALES PARA UNA TIPIFICACIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA¹

INMA VALEIJE ÁLVAREZ
Universidad de Vigo, España

1. INTRODUCCIÓN

La lucha contra la corrupción acapara la atención mundial. Tanto la Unión Europea como otros organismos internacionales (Naciones Unidas, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización de Estados americanos, Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), Organización Mundial de Comercio, Consejo de Europa, G7, e incluso organismos privados como la Cámara de Comercio Internacional o Transparency International han emprendido en estos últimos años la cruzada anticorrupción y que cubre diversos aspectos: comercio internacional, competencia, ayuda financiera y técnica (gastos exteriores, recursos propios de la Comunidad, cooperación al desarrollo y estrategia de preadhesión). Asistimos a un convencimiento de que la corrupción es un problema que está extendido por todo el mundo y que para prevenirlo y luchar contra él se requieren medidas generales y variadas, que deben ser adoptadas a nivel global, europeo, nacional, regional, local y de acuerdo a una estrategia global, integrada y flexible.

Sin embargo, es preciso adelantar que el efecto de globalización del control en nombre de la «lucha contra la corrupción» se combina con la

¹ Este trabajo contiene las conclusiones principales de las conferencias desarrolladas dentro del marco del Grupo de Investigación Hispano-Argentino sobre «Prevención de la delincuencia económica y la corrupción en la Unión Europea y en MERCOSUR» patrocinado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (AECI-A/1646/04) y Ministerio de Educación y Ciencia (Proyecto CICYT BJU2003-09380).

liberalización del campo penal y con la consiguiente traslación del poder de decisión –y también sancionatorio– a instancias supranacionales, sustancialmente privadas de la necesaria legitimación democrática en las formas de intervención penal. En el contexto normativo internacional es fácilmente apreciable cómo se multiplican las intervenciones dirigidas a mejorar la eficacia en los controles de los fenómenos delictivos mediante el desarrollo y el endurecimiento de los instrumentos normativos de matriz represiva. Y aunque tales intervenciones pudieran abstractamente ser justificables sobre el plano de la finalidad perseguida, sin embargo aparecen caracterizadas por una cierta opacidad y por un déficit democrático en relación a los procedimientos institucionales de aprobación y gestión, desvalorizando la preeminencia del principio de legalidad que debe imperativamente presidir todo tipo de intervención penal. Este movimiento internacional de carácter neoliberal y capitalista que intenta generar en el mundo un marco de libre mercado y competencia perfecta liderada por Estados Unidos y apoyado desde diversas instituciones internacionales públicas y privadas va acompañado de medidas limitativas de la actuación individual de los distintos Estados por lo que es atacada desde diversos frentes por ir en contra de la soberanía nacional de los distintos países. En síntesis, retomando las palabras de Terradillos Basoco cabe decir que «la globalización ha supuesto un desplazamiento de los centros de decisión hacia lo que Capella denomina el *«soberano privado superestatal difuso»*, titular de un poder de hecho nacido no del acuerdo internacional, sino de la conjunción de grandes compañías transnacionales y de los conglomerados financieros que intentan imponer sus reglas de juego. El G7, el Banco Mundial, el Fondo Monetario internacional, la Organización Mundial de Comercio, entre otras instituciones son titulares privados de un poder supraestatal, que interactúa con los Estados, con lo que produce efectos de naturaleza pública².

² Terradillos Basoco, J. M.: «Sistema penal y criminalidad internacional» en *Homenaje al Profesor Barbero Santos in memoriam* (dirigido por Luis. A. Arroyo Zapatero y Ignacio Berdugo de la Torre). Vol. I, Cuenca 2001, p. 755. Terradillos Basoco retoma el concepto acuñado por Capella de «soberano supraestatal difuso» del libro del mismo autor *«Fruta prohibida. Una aproximación histórica teórica al estudio del derecho y del Estado»*. Madrid. 1997.

2. RAZONES DEL DISCURSO DE LA CORRUPCIÓN COMO UNA PRIORIDAD INTERNACIONAL

Cabe preguntarse porqué la corrupción surge ahora como una prioridad internacional. Un primer argumento es que el fenómeno se haya agravado por la economización de la sociedad: el rápido incremento del comercio y de las comunicaciones internacionales. Otra posibilidad es que determinadas reformas se están extendiendo de un lado al otro del planeta creando nuevas oportunidades de corrupción al modificar las *tradicionales* reglas de juego y, en algunos casos, como sucede con los países del este de Europa los cambios políticos no siempre van acompañados de un desarrollo parejo de las instituciones y de los incentivos del sector público. También es posible que las campañas de eliminación de la corrupción funcionen como un discurso que permite eliminar programas públicos del presupuesto ordinario de los Estados y adoptar programas privados de gestión de recursos públicos creíbles. Es cierto que dentro de la visión económica del fenómeno hay muchas corrientes y variantes: desde quienes insisten en que es un producto medular del propio sistema económico hasta quienes defienden que la corrupción no es más que uno de los efectos de la economía regulada que obstaculiza el libre juego de las fuerzas económicas y la circulación de capitales económicos e introduce en él un factor extraño (las decisiones de la Administración Pública) que carece de finalidades propias. Normalmente estas visiones economicistas son cercanas a ideologías emparentadas con el liberalismo económico, siempre incómodo ante los controles de la Administración, y que han visto como causa principal del problema de la corrupción (de contenido esencialmente económico) la expansión del ámbito de intervención de los poderes públicos en la economía, hasta el punto que el mejor argumento de la política anticorrupción se ha convertido en estos últimos años en el *leit motiv* de la reducción del sector público y en la desregulación de la economía en la mayor parte de los países occidentales. Así se expresa el Proyecto Arg. 89/53 denominado «Programa de Fortalecimiento de la Gestión Pública» perteneciente al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) conformándose un subproyecto que se denominó Arg 89/513 «La lucha contra la corrupción mediante la desregulación». Y en consecuencia a partir de la década de los 80 diversos países del mundo han comenzado a plantearse los límites del

Estado y a devolver espacios a iniciativas privadas iniciándose fenómenos de desregulación, desestatización, privatización³.

Los argumentos de este último discurso parten de la obviedad de que con la eliminación del modelo (que contempla modelos de intervención pública) desaparece el problema (el incumplimiento de deberes). Por ello esta última estrategia de prevención lo que único que plantea es un cambio de modelo de Estado Social y de Bienestar (la metamorfosis del Estado en Sociedad Anónima y que el suministro de bienes y servicios quede sometido única y exclusivamente a las leyes del libre mercado) en el que una gran parte de las conductas consideradas como corruptas consiguen su adecuación social y otras serán reprimidas con medios y técnicas de tutela antes solo previstos para la tutela de la función pública y que muy pronto pasarán a formar parte del arsenal de los reservados a proteger el orden económico⁴.

3. INSTRUMENTOS JURÍDICOS COMUNITARIOS QUE OBLIGAN A UNA ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL EN MATERIA DE CORRUPCIÓN

Lo cierto, es que en la llamada ambigüamente lucha contra la corrupción, no hay una explicación convincente y unívoca al fenómeno por eso preferimos ceñirnos en nuestra exposición a resumir las distintas versiones que han dado algunos de los marcos institucionales implicados en esta lucha. Sin embargo, son muchos los instrumentos jurídicos internacionales que se han creado y que actualmente se encuentran en proceso de ser ratificados en los parlamentos europeos y en otros ámbitos geográficos o que incluso forman parte de los ordenamientos jurídicos de algunos países, aquí se señalan sólo algunos de los más importantes de entre los 21 acerca de los cuales ya se ha llegado a un acuerdo⁵:

³ Vid. James Williams/Margaret B. Beare: «*The Business of Bribery: Globalization, Economic Liberalization and the «Problem» of Corruption*» en *Critical Reflections in Transnational Organized Crime, Money Laundering and Corruption* (Edited By Margaret E. Beare), University of Toronto Press Incorporated, Canada 2003, pp. 88-119.

⁴ Valeije Álvarez, Inma: «*La lucha contra la corrupción: instrumentos internacionales*». Revista «Anuario, da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Número 7. Año 2003. pp. 777 y 813

⁵ Vid. Huber Barbara: «*La Lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional*», en Revista Penal, número 9 pp. 41 y ss.

Elementos estructurales para una tipificación de la corrupción...

- La Convención Interamericana contra la corrupción «*Inter American –Convention against Corruption*» de 1996.
- La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico «*Organization for Economic Cooperation and Development*» (OECD) de 1998
- La Convención jurídico–civil contra la Corrupción del Consejo de Europa de 1999.
- La Convención de la Unión Europea sobre la protección de los intereses financieros de la UE de 1995 y los dos Protocolos acerca de la corrupción pública.
- La Convención de la Unión Europea para la lucha contra el cohecho de funcionarios de la CE o de funcionarios de Estados miembros de 1997.
- Las disposiciones comunes de la Unión europea contra la corrupción en el sector privado de 1998⁶.
- Las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal el art. 29 del Tratado de la Unión Europea
- La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción adoptada en octubre de 2003 por la Asamblea de la ONU

En el contexto internacional son varios los agentes implicados por lo que el interés por la corrupción obedece a diversos motivos.

4. VISIÓN GENERAL SOBRE LAS RESOLUCIONES E INICIATIVAS INTERNACIONALES

Primero traer a colación algunas de las consideraciones tratadas en la Conferencia del Cairo organizada por Naciones Unidas entre el 29 de abril y 18 de mayo de 1995. En esta sede se ha dicho que la corrupción daña a la credibilidad de las instituciones democráticas (desvirtuando así las tesis hacendísticas y estructuralistas de que cierta tasa de corrupción son consustanciales a la democracia), determina una perversa utilización de recursos públicos y privados, tiene consecuencias graves en términos de mantenimiento y agravación del subdesarrollo en todas las áreas del mundo y

⁶ Hay una Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio relativa a la lucha de la corrupción en el sector privado.

daña la libre competencia en el mercado por medio de prácticas de competencia desleal⁷.

En el caso de la Organización de Comercio y Desarrollo (de ahora en adelante OCDE) el interés es puramente económico y se apoya en una concepción liberal de los intercambios económicos internacionales. El comercio internacional con numerosos países del mundo, en particular el sudeste de Asia, pero también entre los países pertenecientes a la OCDE funciona frecuentemente no sobre los méritos de las respectivas empresas competidoras (precio, servicio y producto) sino en función de los sobornos que se entregan a los funcionarios del Estado receptor o a los candidatos de partidos políticos para poder entrar en esos mercados a menudo en régimen de monopolio (frecuentemente se trata de empresas petroleras, farmacéuticas y de armamento). Queda así, que con estas prácticas el mercado internacional adolece de transparencia y no responde a las condiciones de libre competencia tal y como abogan los dogmas del liberalismo económico. La OCDE, en cuanto organización de la que forman parte 29 países que producen más de dos tercios de los bienes y servicios producidos en todo el mundo, ya se había ocupado de la corrupción, pero en un contexto más amplio, en los Principios dirigidos a las empresas multinacionales en 1976⁸. La Recomendación de la OCDE del 27 de mayo de 1994

⁷ Vid. Parisi Nicoleta: *Organizzazione Internazionale e lotta alla corruzione: questione introduttive*, p. 7 y Di Pietro A.: *Esperienze relative alle misure pratiche tendenti a contrastare la corruzione che coinvolge i pubblici ufficiali*, ambos trabajos en *Quaderni Giuridici del Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Trieste*, No. 11 1995

⁸ *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, OCSE 1976. El texto ha sido actualizado en 1979, 1982 y 1984. El objetivo de tales principios, de carácter no obligatorio, es el de contribuir a armonizar las operaciones de empresas multinacionales con las políticas nacionales de los países en las que operan, el de reforzar la confianza recíproca entre las empresas de los Estados receptores y el de crear un clima favorable en materia de inversiones externas. En este contexto se exigen algunos estándares de comportamiento a las empresas de los que destacan los establecidos en el punto 7 y 8. En el primero se invita a las empresas a no efectuar ningún pago ilícito o conceder ninguna ventaja indebida directa o indirectamente a un funcionario o titular de un cargo público. El segundo artículo prevé que las empresas no deben entregar ninguna contribución, a menos que sea legalmente admitida, a los candidatos a cargos públicos, a partidos políticos u otras organizaciones políticas. Sobre este aspecto vid. Draeta Ugo: *Spunti per una azione comunitaria contro la corruzione nel commercio internazionale* en Nicoletta Parissi (a cura di) *La cooperazione giuridica internazionale*, op. cit. p. 37 y ss.

incide en cambio como objeto específico en la corrupción en el ámbito de las operaciones comerciales internacionales. Su objetivo prioritario es salvar las desigualdades en la legislación anticorrupción de los Estados miembros con objeto de eliminar ventajas competitivas derivadas de prácticas colusivas con funcionarios de los países con los que realizan operaciones comerciales (frecuentemente se trata de países con economías empobrecidas o en vías de desarrollo pero no exclusivamente).

En consecuencia, la Recomendación de 1994 contiene una invitación general a los Estados miembros a fin de que adopten medidas efectivas para combatir y criminalizar la corrupción de funcionarios públicos extranjeros. Aunque se trata de una recomendación de valor político, y por lo tanto, no vinculante, sus disposiciones aluden a ciertas estrategias que se consideran como los puntos cruciales por los que debe discurrir la lucha contra la corrupción en el comercio internacional. La definición de corrupción está inspirada en la *Foreign Corrupt Practices Act* americana. Asimismo, la Recomendación de 1994 estimula a los Estados miembros a modificar su legislación interna para impedir la deductibilidad fiscal como «gastos de negocios» de las comisiones ilícitas, para hacer más transparente la contabilidad de las empresas relativas a los pagos más significativos y para negar la concesión de beneficios (financiación, avales de créditos a la exportación, etcétera) a las empresas acusadas de emplear dichos procedimientos⁹.

La ratificación por España del Convenio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17 de diciembre de 1997, conllevó la necesidad de tipificar penalmente las conductas contempladas en el Convenio. Siendo así que por el procedimiento de urgencia se quiso añadir al actual art. 423 relativo a la corrupción activa un tercer párrafo. Esta idea inicial fue modificada

⁹ Obviamente, la Unión Europea, en cuanto organización supranacional, no es parte del Convenio de la OCDE pero influyó en la ratificación del mismo por parte de sus Estados miembros con dos posiciones comunitarias que contribuyeron al establecimiento del Convenio. Se recogen en el DOCE, L 279 de 13 de octubre de 1997 y DOCE, L 320 de 21 de noviembre de 1997 respectivamente.

por una enmienda del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos que propusieron que, por tratarse de un bien jurídico perfectamente diferenciado, se contemplara en un Título nuevo y aparte. La modificación culminó con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2000 de 11 de enero por la que se añade el Título XIX bis al Libro II «*De los delitos de corrupción en las Transacciones económicas Internacionales*» con un único artículo el 445 bis que viene a castigar el soborno de funcionarios extranjeros para obtener o conservar algún contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades comerciales internacionales¹⁰. La inclusión de este nuevo tipo penal de participación necesaria dotado de cierta eficacia «extraterritorial» suscita más de un problema dogmático (bien jurídico, remisión de la pena a la prevista para el cohecho pasivo de funcionarios nacionales, si es o no aplicable con relación a las figuras de cohecho pasivo impropio, posible aplicación de la cláusula absolutoria del art. 427 del CP, etc.) que no intentaremos solventar en este trabajo, sin embargo en mi opinión, el problema más acuciante será el fijar el significado del elemento del tipo «funcionario extranjero». Según expone Cerezo Domínguez, serán los Tribunales españoles los órganos competentes para determinar quienes deben ser considerados funcionarios públicos extranjeros a efectos de la legislación interna, y a tal efecto podrán tener presente lo dispuesto en el apartado 4 del art. 1 del Convenio de la OCDE.¹¹

¹⁰ La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre modifica el Código penal y deroga el Título XIX bis y se añade al Título XIX «De los delitos contra la Administración Pública» el Capítulo X con la siguiente rúbrica «De los delitos de corrupción en las transacciones económicas internacionales». En dicho Capítulo figura un único artículo: el art. 445. La reforma mantiene la redacción anterior pero añade al art. 445 un segundo párrafo por el que se le permite al juez imponer una consecuencia accesoria del art. 129 si el culpable perteneciere alguna sociedad, organización o asociación incluso de carácter transitorio.

¹¹ El ap. 4 del art. 1 dispone que es funcionario extranjero «cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública».

En el caso de la Unión Europea su preocupación inicial fue de orden presupuestario y de prestar la protección adecuada a los intereses financieros comunes de los distintos Estados miembro. La Unión Europea tiene importantes recursos propios y es la patrocinadora de numerosos programas de financiación, pero actúa en un contexto jurídico en el que carece de competencias para dictar disposiciones penales con relación a las materias de su competencia. En este contexto es lógico que la consecuencia natural haya sido atajar las diferentes formas de corrupción en la medida de que constituye un instrumento privilegiado para aquellas personas físicas o jurídicas que desean defraudar o que el éxito de su empresa dependa de la complacencia de un funcionario nacional o comunitario responsable de la percepción, la gestión, el gasto o control de los fondos comunitarios. La corrupción en sus diversas modalidades (cohecho, abuso de oficio, tráfico de influencias, etc.) es, por excelencia, el acto preparatorio idóneo para inducir a un funcionario poco escrupuloso al fraude.

Esta es la razón por la que la Comunidad Europea, en el «marco del tercer pilar» del Tratado la Unión Europea adoptó la *Convención relativa a la tutela de los intereses financieros de la Comunidad* (Bruselas 26 de julio de 1995) así como sus *Protocolos Adicionales del 27 de septiembre de 1996 y del 29 de noviembre de 1997* (denominados en lo sucesivo «instrumentos PIF»). Se trata de los primeros intentos importantes de un zócalo común relativo a la protección de los intereses financieros de la Unión, en la medida que cubren algunos aspectos de Derecho Penal Sustantivo y de cooperación judicial en esta materia. Recoge también definiciones y sanciones que deben ser acogidas en los distintos derechos penales nacionales para reprimir comportamientos lesivos a los intereses financieros comunitarios como el fraude y la corrupción en particular, así como las obligaciones de los distintos Estados miembros en materia de competencia, de ayuda mutua judicial, extradición y transferencia y centralización de actuaciones judiciales —por no mencionar más que algunos de los principales elementos de tales instrumentos— que debieran contribuir a reforzar considerablemente la protección de los intereses financieros comunitarios que se ve especialmente perjudicada por el fraccionamiento del espacio europeo.

Igualmente, se ha adoptado el Convenio establecido sobre la base del art. K 3 parágrafo 2, punto C) del Tratado de la Unión europea relativo a «la lucha contra la corrupción donde estén implicados los funcionarios de las Comunidades europeas o funcionarios de los Estados miembro de la

Unión europea» (Bruselas 26 de mayo de 1997)¹² tal y como había auspiciado Tiedemann en su momento¹³.

Recientemente, las innovaciones más importantes en materia penal han venido de la mano del Tratado de Ámsterdam firmado el 2 de octubre de 1997. Este modifica el Título VI del Tratado de la Unión Europea que se convierte en un título propio que contiene las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal y asigna a la Unión Europea un objetivo específico: ofrecer a los ciudadanos un alto grado de libertad, seguridad y justicia, el cual ha de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude.

Para ello es necesario una mayor cooperación de las fuerzas sociales y las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes (bien directamente o a través de Europol), una mayor cooperación a través de las autoridades judiciales (directamente o través de Eurojust) y la aproximación cuando proceda de las normas de los Estados miembro en materia penal. La armonización y aproximación de las leyes se llevara a cabo en el «tercer pilar» (cooperación intergubernamental) a través de las Decisiones marco. Se trata de un instrumento jurídico que carece de efecto directo. Su objetivo tal y como establece el art. 34 del Tratado de la UE es la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias. Suelen presentar una estructura similar que comienza por una serie de definiciones dirigidas a fijar el significado de los concretos términos que se utilizan a lo largo de la decisión marco, a continuación se definen los elementos constitutivos del delito limitándose a lo mínimo necesario para alcanzar los objetivos de la Unión. Así se determinan las conductas que han de ser tipificadas como infracciones penales por los Estados miembro en su derecho interno. Así mismo, se contiene reglas de competencia –criterios de aplicación de las leyes penales en el espacio– y reglas relativas a cuestiones de extradición. Y

¹² DOCE, C 195 de 25.06.1997.

¹³ Vid. Tiedemann, K.: *Reform des Sanktionswesens auf dem Gebiete des Agrarmarktes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Festschrift für G. Peiffer, Finanzianinteressen der EG, NJW 1990.

obviamente, también hacen referencia a las penas y a la posible responsabilidad de personas jurídicas¹⁴.

Si bien el campo de aplicación de las decisiones marco parece limitado a tres ámbitos –delincuencia organizada, terrorismo y tráfico ilícito de drogas– el Consejo está elaborando decisiones marco sobre una cantidad de materias de Derecho Penal. En el tema que nos ocupa destaca la Decisión marco de 22 de julio de 2003 para la lucha contra la corrupción en el sector privado.

En el caso del Consejo de Europa, sus motivos en la lucha contra la corrupción son de orden político motivados por la adhesión masiva a esta organización internacional a partir de los años 90 de los Estados de la Europa Central y Oriental (Letonia, Bulgaria, Eslovenia, etc.)¹⁵. El Consejo de Europa desempeña un papel fundamental en la defensa de los valores fundamentales de la democracia y de la preeminencia de los ciudadanos. La corrupción ha sido percibida como una amenaza grave a estos valores, especialmente en un contexto de transición de uno a otro modelo de sociedad. Esta transición –a la vez política y económica– implica un momento de inevitable debilidad organizativa y social y es preciso ayudar a estos países a alcanzar la paridad mediante ayudas y programas de formación e intercambio. En este contexto se tomó la primera iniciativa en la 19ª Conferencia de Ministros de Justicia en la Vallette el 14 y 15 de junio de 1994: *la Resolución relativa a los aspectos civiles, administrativos y penales de la lucha contra la corrupción*.

En 1997 el Comité de Ministros en su 101ª Sesión decidió adoptar 20 principios directrices para la lucha contra la corrupción, subrayándose la necesidad de concluir la elaboración de instrumentos jurídicos internacionales en ejecución del Programa de acción contra la Corrupción. Igualmente, en su 102ª Sesión del Comité de Ministros se decidió mediante la

¹⁴ De la Cuesta Arzamendi, J.L./Blanco Cordero, I.: «*El modelo penal de la Constitución europea*». En Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal (coordinadores, Carbonell Mateu, J.C/ Del Rosal Blasco, B. /Morillas Cuevas, L. /Orts Berenguer, E. y otros, Madrid 2005, pp. 278-280.

¹⁵ Vid. Flore, D.: *L'incrimination de la corruption: les nouveaux instruments internationaux. La nouvelle loi belge du 10 de fevrier. Bruxelles 1999, p. 8*

Resolución 98 (7) a crear el «Grupo de Estados contra la Corrupción - GRECO»-, se trata de un grupo multidisciplinario de expertos en la elaboración de instrumentos jurídicos contra la corrupción¹⁶.

El paso más reciente del Consejo de Europa en la lucha contra la corrupción es la firma en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 un Convenio penal sobre este aspecto. En este documento se proponen la tipificación coordinada, uniforme y recíproca de conductas relativas a conductas de corrupción y la adopción de un procedimiento de seguimiento eficaz abierto a todos los Estados miembro y los no miembros.

Sintéticamente, en el citado Convenio se solicita la armonización de términos relativos al concepto de funcionario público, juez y personas jurídicas. Sobre los tipos penales se hace hincapié en la adopción de medidas legislativas para castigar la corrupción activa y pasiva de funcionarios nacionales, de miembros de asambleas públicas nacionales, de agentes públicos extranjeros, la corrupción pasiva y activa en el sector privado y la de funcionarios extranjeros y jueces y agentes de cortes penales internacionales. Igualmente, se incluyen disposiciones sobre tráfico de influencias, blanqueo de bienes procedentes de la corrupción e infracciones contables. Entre las medidas instrumentales se citan las relativas a la responsabilidad de personas jurídicas, inmunidad y extradición, cooperación judicial y asistencia mutua, intercambio y transmisión de procedimientos y ejecución de sentencias dictadas por otros Estados.

Los diversos instrumentos jurídicos a los que he hecho referencia pese a obedecer a finalidades diferentes y proceder de organismos distintos como sugiere Cerezo Domínguez, no se contradicen ni se solapan en ningún aspecto más bien al contrario sus propuestas son similares hasta el

¹⁶ Pueden formar parte de GRECO los Estados miembros del Consejo de Europa, los Estados no miembros que han participado en su creación (*Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Estados Unidos, Japón, México y Santa Sede*) y todo Estado no miembro que sea invitado a adherirse por el Comité de Ministros previa consulta a los Estados no miembro de que participan en él. Los Estados partes en los Tratados internacionales del Consejo de Europa contra la corrupción pasarán ipso facto a formar parte del GRECO. También forman parte, aunque sin derecho a voto, dos representantes designados por el Comité europeo sobre Cooperación Jurídica y el Comité europeo sobre Problemas penales, respectivamente.

punto que se compatibilizan o complementan¹⁷ aunque los de la Unión Europea y el del Consejo de Europa son de mayor envergadura.

5. LA POLÍTICA ANTICORRUPCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Ya hemos señalado en páginas anteriores como en un primer momento el interés por la represión de la corrupción obedece a la finalidad de castigar aquellas actuaciones que violen el derecho comunitario o lesionen los intereses financieros de la Comunidad. El castigo de funcionarios responsables de la percepción, la gestión, el desembolso o el control de los fondos comunitarios siempre que hubieran incurrido en cohecho pasivo, el ejercicio abusivo del cargo, la malversación de fondos procedentes del presupuesto comunitario, revelación de secretos oficiales así como el blanqueo y la receptación se muestran como instrumentos de carácter preventivo frente a conductas que lesionen o pongan en peligro los intereses financieros de la Comunidad Económica Europea.

Hoy la lucha contra la corrupción y el fraude en su dimensión internacional forma parte de la Política de la Unión dentro de lo que el Tratado de Ámsterdam llama «espacio de seguridad y cooperación policial». Se trata, según el art. 29, de uno de los apartados que conjuntamente con la lucha contra la trata de seres humanos, los delitos contra los niños, la lucha contra la delincuencia organizada —en particular el terrorismo—, el tráfico de drogas y de armas». Se afirma también en el tercer párrafo de este art. 29 que para ello se aproximarán cuando proceda, las normas de los Estados miembro en materia penal de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del art. 31 (antes antiguo art. K.3) en el que se establece los contenidos de la acción común sobre cooperación judicial en materia penal (la cooperación aduanera y el mantenimiento del orden y la seguridad pública).

Un documento a tener en cuenta en esta materia es la Comunicación de la Comisión de 12 de mayo de 1997 al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo sobre una política anticorrupción de la Unión. Partiendo de que la corrupción es *un abuso de poder o una irregularidad cometida en un proceso de*

¹⁷ Vid. Cerezo Domínguez, A.: «La adaptación del sistema jurídico penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa», en *Actualidad Penal*, núm. 21 al 27 de mayo de 2001.

decisión a cambio de un incentivo o ventajas indebido» la Comisión propone una estrategia anticorrupción general que debe realizarse tanto dentro de la UE como en el exterior y que, como ya hemos adelantado anteriormente, cubre diversos aspectos: comercio internacional, competencia, gastos exteriores de la Comunidad, cooperación al desarrollo y estrategias de preadhesión.

Se dice que en el ámbito penal todos los Estados miembros deberán considerar como delito de corrupción de los funcionarios de la CE, los funcionarios de otros Estados y la corrupción en el sector privado. Y aunque de momento no existe responsabilidad para los funcionarios de países terceros culpables de corrupción por algunas actividades ya se están realizando en el Consejo de Europa y en la OCDE algunas actividades al respecto¹⁸. El iter legislativo queda sintetizado en las páginas que siguen.

6. EL CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES FINANCIEROS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1995

Tenemos en primer lugar el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas de 29 de septiembre de 1995 ¹⁹en el que se establecen importantes principios para la persecución penal del fraude en modo eficaz y homogéneo en todos los Estados miembro²⁰.

En dicho documento se define la conducta constitutiva de fraude en perjuicio de los intereses financieros de la Unión Europea tanto en materia de ingresos como en materia de gastos, se incluye la recomendación de

¹⁸ Sin embargo algunos países ya han modificado su legislación interna para acoger algunas de las propuestas sobre el tema vid. Huber Barbara: *Il sistema tedesco di lotta alla corruzione: una comparazione con quelli di altri paesi europei*, op. cit. p. 507 y ss. También, vid. Sobre la legislación francesa, Cartier Marie Elisabeth: *La loi relative á la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers (Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative á la lutte contre la corruption)* en *Rev. Science criminelle* (4)oct-déc. 2000, pp. 737 y ss.

¹⁹ DOCE núm. C 316 de 27 de septiembre de 1995.

²⁰ El 26 de mayo de 1997 el Consejo aprobó un informe explicativo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Diario Oficial C 191 de 23.06.1997).

adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que estos comportamientos resulten castigados, así como la obligación de penalizar conductas como la complicidad, instigación o tentativa ligados a tales comportamientos y que las sanciones deben ser proporcionadas y disuasorias de acuerdo con la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto 68/88²¹. Entre otras cuestiones tratadas, se recomienda que se adopten las medidas necesarias para permitir que toda persona que ejerza poderes de decisión o de control en el seno de la empresa pueda ser declarado penalmente responsable con arreglo a los principios de derecho interno en caso de que el fraude afecte a los intereses financieros de la Unión.

El 27 de septiembre de 1996 se aprueba el primer protocolo establecido sobre la base del art. K 3 del Tratado de la Unión europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Unión en el que se dice expresamente que después de adopción de un Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas que se refiere al fraude es procedente iniciar una segunda fase complementaria a dicho Convenio a través de la adopción de un protocolo referido en especial a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios ya sea comunitarios o nacionales y que causen o puedan causar un perjuicio a los intereses financieros de la Unión. La exposición de motivos de dicho Protocolo menciona como causas que explican la necesidad de que se tomen medidas en ese ámbito el hecho por el que haya constancia en muchos supuestos de corrupción están implicados personas de diversa nacionalidad y al servicio de entidades y organismos públicos diferentes, aconseja una armonización y coordinación de los sistemas sancionatorios oficiales de los distintos Estados miembro. También incide en que los ordenamientos de los países miembros no castigan como actos de corrupción los comportamientos que afectan o causan un perjuicio a los intereses financieros de la unión y, en todo caso, las conduc-

²¹ Se trata de la Sentencia de 21 de septiembre de 1989(Rec. 2965) en la que se dice que los Estados miembros deben procurar en particular que las infracciones del Derecho Comunitario sean sancionadas en las condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones de derecho nacional cuando tengan una índole e importancia similares y, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción».

tas tipificadas se ciñen al castigo de los funcionarios nacionales. Finalmente, se insiste en que la adaptación legislativa no puede limitarse a la tipificación de la corrupción activa y pasiva, que es objeto de definición común en el Protocolo, sino que debe hacerse extensiva además a otros delitos que afectan o pueden afectar a los ingresos y gastos de la Unión Europea, incluidos los delitos cometidos por las personas investidas de las más altas responsabilidades.

El Segundo Protocolo al CPIF de 19 de junio de 1997 establece que en todos los Estados miembros el delito de blanqueo de capitales se aplique a los casos en que estos procedan de fraudes a la Unión (art. 2). Igualmente tiene por objeto principal la responsabilidad de las personas jurídicas, la confiscación, el blanqueo de capitales y la cooperación entre los Estados miembro y la Comisión con el fin de proteger los intereses financieros de las comunidades europeas así como también para fomentar y facilitar el intercambio de información, es necesario asegurar una protección suficiente de los datos personales relacionados con dichos intereses²².

Este Convenio para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas permite además mediante declaración efectuada en el momento del Convenio o con posterioridad aceptar la competencia del Tribunal de Justicia europeo para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación del Primer Convenio y del Primer Protocolo²³.

7. CONVENIO RELATIVO A LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA QUE ESTÉN IMPLICADOS FUNCIONARIOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS O DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA DE 26 DE MAYO DE 1997

Sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K · del Tratado de la Unión Europea se crea un convenio relativo a la lucha contra la corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades

²² El 12 de marzo de 1999 el Consejo adoptó un informe explicativo referido a este segundo Protocolo (Diario Oficial C 91 de 31.03.1999).

²³ El 29 de noviembre de 1996 el Consejo adoptó un Protocolo relativo a la interpretación, de carácter prejudicial, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Diario Oficial C 151 de 20.05.1997).

Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Este Convenio pretende intensificar la cooperación judicial en materia de corrupción. En el entendimiento que para mejorar la cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros procede ir más allá que el primer Protocolo, analizado en el apartado anterior, y establecer un Convenio en el que estén implicados funcionarios de la Unión Europea o funcionarios de los Estados miembros en general. Es decir, se reconoce que el Protocolo se ha quedado corto en la medida de que los Estados se comprometen a castigar únicamente las modalidades de corrupción que afecten a los intereses financieros de las Comunidades Europeas lo que imposibilita la sanción de aquellas modalidades que no comportan este resultado aunque sean cometidas por funcionarios de la Unión Europea. Así con el objetivo de continuar en la línea de aproximación de las legislaciones y de armonización se adopta este Convenio ya que el Derecho penal de los Estados miembros no aborda normalmente el tratamiento de los supuestos de corrupción de funcionarios extranjeros al servicio de organismos internacionales y, por otro lado, la definición de funcionario público en muchos Estados sólo se refiere al nacional y no se tipifican los actos que se encaminan a corromper a funcionarios de otros Estados miembros aun cuando tengan lugar en el territorio nacional o por inducción de un nacional de ese Estado miembro, lo que es considerado insostenible en el ámbito de la Unión²⁴. Para comentar sus disposiciones seguiremos muy de cerca el Informe explicativo cuyo texto fue aprobado por el Consejo el 3 de diciembre de 1998 (98/C391/01)

7.a. Definición de los términos «funcionario», «funcionario comunitario» y «funcionario nacional»

En la disposición introductoria se definen los términos «funcionario», «funcionario comunitario» y «funcionario nacional».

En la letra a) del art. 1 se recoge la definición de funcionario según el Convenio explicativo la letra a) del art. 1 abarca tres categorías de personas —funcionarios de la Comunidad, funcionarios nacionales, funcionarios na-

²⁴ Vid. Méndez Rodríguez C.: *La corrupción en el marco del Corpus Iuris. En el Derecho penal ante la globalización*. (Laura Zúñiga, Cristina Méndez y Rosario Diego Díaz Santos) Salamanca 2002, p. 118.

cionales de otro Estado miembro— para asegurar una aplicación lo más homogénea posible de las disposiciones materiales del Convenio. Estas categorías se definen por referencia a su respectivos Estatutos.

En la letra b) del art. 1 la expresión «funcionario comunitario» designa tres categorías de personas: *«toda persona que tenga la condición de funcionario o agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas»; « toda persona puesta a disposición de las Comunidades Europeas por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de las Comunidades Europeas; «los miembros de organizaciones creadas de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el régimen aplicable a otros agentes de las comunidades europeas les sea aplicable»* Según el Convenio explicativo este último concepto incluye a los expertos nacionales destinados en las Comunidades Europeas para hacer funciones equivalentes a las desempeñadas por funcionarios y otros agentes comunitarios. No están incluidos en esta definición los miembros de las instituciones comunitarias como la Comisión, el Parlamento europeo, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas- a los que se refiere el art. 4 del Convenio. Asimismo la última frase de la letra b) incluye al personal de los organismos creados de conformidad con el *derecho comunitario* (el informe explicativo hace una referencia explícita a estos organismos comprendiendo entre otros, el Banco Europeo de Inversiones, la Agencia Europea de Cooperación, la Agencia Europea de Medio ambiente, etc.)

La letra c) del art. 1 dice se entenderá por *«funcionario nacional»* el *funcionario o el empleado público tal y como se define el concepto en el derecho nacional del Estado miembro en que la persona que se trata tenga a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro*. Se da por tanto prioridad a la definición del Derecho penal del Estado de origen del funcionario. No obstante en el párrafo 2 se recoge como una especie de posible derogación a este principio en la medida que *«No obstante cuando se trate de diligencias judiciales en las que esté implicado un funcionario de un Estado miembro incoadas por otro Estado miembro, este sólo deberá aplicar la definición de «funcionario nacional» en la medida en que esa definición sea compatible con su derecho nacional»*. El informe explicativo aclara, pero de una forma un tanto contradictoria *«que en los asuntos que esté implicado un funcionario nacional de otro Estado miembro, el Estado*

miembro en el que se incoen las diligencias debería normalmente aplicar la definición con arreglo al derecho de aquel Estado». Ahora bien, si la persona de la que se trate no tiene la condición de funcionario de conformidad con la legislación de ese Estado, tal definición podrá no ser decisiva. Esto se deduce claramente del párrafo segundo de la letra c) según la cual el Estado miembro no está obligado aplicar la definición de funcionario nacional de otro Estado miembro si ésta no es compatible con su derecho nacional y puede, por consiguiente, considerar que el concepto de actos de corrupción en que estén implicados funcionarios nacionales de otro Estado miembro se refiere únicamente a aquellos cuya condición sea compatible con su propia definición de funcionarios nacionales. Si bien, el Convenio informa que no hay obligación específica de hacerlo, un Estado miembro podrá hacer una declaración en el sentido de que ha decidido hacer uso general de esta opción. No queda nada claro en el texto del convenio, ni tampoco en su informe explicativo, si la derogación establecida en el último inciso del párrafo 3 del art. 1 debe aplicarse de forma cumulativa y funcionar como una condición de doble cualificación —la obligación de responder a los criterios de funcionario nacional en el país de origen y en el Estado miembro que incoa las diligencias— o, si por el contrario, debe entenderse de una forma alternativa en el sentido de que el Estado perseguidor puede considerar que la persona es un funcionario desde el punto de vista de su derecho nacional aunque no sea considerado como tal en su Estado de origen.

Si bien, como veremos en un momento posterior, los apartados 3 y 4 del art. 4 muestran que el concepto de funcionario nacional no incluye de forma automática en todos los Estados miembro a los parlamentarios, los ministros, los miembros de sus máximos órganos jurisdiccionales, o a los miembros de los Tribunales de cuentas. No obstante, ello no impide a ningún Estado miembro hacer extensiva su propia definición de funcionario.

7.b. Conducta típica. de cohecho pasivo

En el art. 2 del Convenio se definen los elementos de la corrupción pasiva quedando que se trata del hecho intencionado de que *«un funcionario, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar promesa de tales ventajas, por cumplir, de forma contraria a sus propios deberes oficiales, un acto propio de su función*

o un acto en el ejercicio de su función». Al igual que muchas de las disposiciones del Convenio, la redacción está básicamente inspirada, con los ajustes necesarios, en los artículos correspondientes en el Primer Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las comunidades europeas. Es de observar que la redacción de la conducta típica es similar a la contemplada en los arts. 419 y siguientes del Código Penal español y agrupa en una sola definición los diversos tipos penales que, con mejor o peor fortuna, se agrupan bajo la denominación doctrinal de corrupción pasiva antecedente. Del mismo modo, que nuestro texto legal, se permite la consumación unilateral de la conducta delictiva sin precisar la aceptación del particular a los requerimientos del funcionario, no se hace diferencia entre que la conducta se lleve a cabo directamente o través de un intermediario, ni que los obsequios obtenidos con la transacción redunden en beneficio del funcionario pudiendo serlo mediatamente en favor de terceros: como pareja, cónyuge, amigo íntimo, partido político u otra organización. Sin embargo, en orden a los temas más problemáticos del delito de cohecho y sobre los que más opiniones contradictorias se han vertido como son: la naturaleza de la ventaja, el tipo de acto a realizar a cambio de la misma y el ámbito competencial, donde se debe desarrollar la infracción el Convenio y su Informe explicativo parecen optar por aquellas interpretaciones más amplias.

Así en orden a la naturaleza cualitativa de la ventaja el Convenio hace deliberadamente referencia a «ventajas de cualquier naturaleza» empleando un término general que abarca no solamente objetos materiales (dinero, objetos valiosos, bienes de cualquier tipo, servicios prestados) sino cualquier cosa que pueda representar un interés indirecto para el funcionario o para terceros, tal como saldar las deudas de la persona corrupta o realizar obras en una propiedad suya. Según el Informe explicativo el concepto de ventaja solicitada, recibida o prometida abarca todo tipo de ventajas materiales o inmateriales. A efectos del Convenio el momento en que se da o proporciona la renumeración carece de importancia. Al abarcar expresamente el hecho de aceptar promesas el apartado 1 incluye los pagos aplazados, siempre que tengan su origen en un acuerdo delictivo entre el particular y el funcionario. Tal y como está redactada la disposición las acciones de solicitar, recibir o aceptar deben ser realizadas con anterioridad al acto. En esta modalidad el acuerdo necesariamente debe preceder a la entrega. Por consiguiente, el Convenio se ciñe a lo que se denomina corrupción pasiva

antecedente y los Estados miembros quedan exonerados de la obligación de tipificar como delito el hecho de recibir una ventaja después de llevar a cabo el acto sin que mediara un acuerdo o solicitud previa —lo que se denomina cohecho pasivo subsiguiente—. Sin embargo, la tipificación expresa de esta modalidad de cohecho si está tipificada en algunos ordenamientos como el francés, español o italiano y tiene su causa más que en su aptitud para poner en peligro el bien jurídico protegido por el cohecho, como es la protección de la imparcialidad u objetividad que debe presidir el ejercicio de la función pública, en solventar problemas de prueba (la dificultad de probar el acuerdo ilícito entre particular y funcionario), orientar la competencia por el territorio (lugar donde se realiza la entrega) y alargar los plazos de prescripción que empezarán contarse a partir de la recepción de la renumeración y no desde la fecha de la formalización del acuerdo entre el particular y el funcionario (que suele ser en la mayor parte de los casos secretos)²⁵ Esto es, aunque no sean estas las finalidades abstractamente perseguidas, la tipificación expresa del cohecho pasivo subsiguiente facilitan la represión del caso concreto.

Igualmente, el ámbito típico viene referido a todo acto u omisión relacionada con las funciones y obligaciones del funcionario. El Informe explicativo dice que deberá aplicarse al hecho de cumplir o abstenerse de cumplir cualquier acto dentro de las competencias del que ocupa el cargo o en virtud de cualquier ley o norma en la medida de que los actos se realicen incumpliendo los deberes de su cargo. Según el Convenio debe entenderse incluido los casos en los que el funcionario en contra de la obligación de su cargo de actuar imparcialmente recibe una ventaja por actuar en conformidad con sus funciones (por ejemplo, conductas materiales que implican una discrecionalidad técnica como dar un trato preferente acelerando o suspendiendo la tramitación de un asunto y que en nuestro Código Penal constituyen la conducta descrita en el párrafo 1º del art. 426).

En el apartado 2 se solicita a los Estados miembro que adopten las medidas de Derecho Penal necesarias para garantizar que las conductas a las que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales

²⁵ Vid. Cartier Marie Elisabeth: *La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers (Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption)* op. cit. p.742,

dejando a su elección el establecer una infracción de carácter general o, como viene siendo acostumbrado una regulación más estricta mediante el establecimiento de varias infracciones específicas' (que es la solución adoptada por el Código Penal español y los demás códigos de nuestro entorno jurídico).

7.c. Conducta típica de cohecho activo

La corrupción activa de un funcionario se encuentra definida en el art. 3. El Informe explicativo justifica su incorporación en aras de proteger el buen funcionamiento de la Administración Pública y de proteger a los funcionarios de las posibles maniobras en contra de ellos, entendiéndose que en la mayoría de los Estados miembro la corrupción activa y pasiva son infracciones diferentes y autónomas pudiéndose incoar actuaciones judiciales diferenciadas y autónomas (así en el ordenamiento penal español donde es posible que cada una de las infracciones se consume por separado siempre que el destinatario no haya aceptado los requerimientos de la otra). En el apartado 1 se identifican las formas de conducta punible constituyendo la infracción *«el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de un tercero, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario para éste o un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función»*. Respecto a la cualidad del sujeto activo del cohecho activo, el informe explicativo aclara que «puede tratarse de un particular que actúa como tal o en nombre de una empresa o una persona que ejerce una función pública».

El acto constitutivo de corrupción debe realizarse dolosamente, es decir con el conocimiento y la voluntad de que el funcionario realice actos contrarios a las obligaciones propias de la función pública. La cuestión de si existe o no la infracción en los casos en que el sujeto activo actúa dolosamente, pero incurre en un error sobre la competencia del funcionario para llevar a cabo el acto solicitado deberá, según el informe explicativo, determinarse de conformidad con el Derecho nacional de los Estados miembro. En España la doctrina está de acuerdo que se trata de un error sobre el tipo y ha diferenciado varios supuestos de error del particular. El caso más frecuente que es el supuesto en que el error del particular recae sobre el carácter ilícito del acto, son varias las soluciones propuestas: desde quien niega su invocación por preferir la aplicación del dolo eventual,

quien lo reconduce a una posible tentativa inidónea (del art. 423 en relación al art. 419 o 420) o, quien estima preferible aplicar la nueva normativa sobre error sobre un elemento accidental del delito art. 14.2 y en consecuencia proceder a aplicar el tipo menos grave de cohecho que vendría dado por lo dispuesto en el art. 425. Situación diferente es cuando el autor yerra sobre las competencias del funcionario para llevar a cabo la prestación exigida que en mi opinión sí constituiría un supuesto de tentativa inidónea.

La acción del autor de la corrupción puede consistir en prometer o dar directamente o a través de un intermediario una ventaja material o intangible de cualquier naturaleza independientemente de si se cumple la oferta o de si se materializa la ventaja. Insistiendo en que el concepto de ventaja deberá entenderse de un modo más amplio posible. A nuestro modo de ver, el entendimiento tan amplio de dos elementos de la infracción como es la naturaleza de la renumeración (ventajas materiales e inmateriales) y la competencia del funcionario (un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de función) para realizar el acto puede provocar en la práctica la confusión entre dos figuras muy próximas en el Derecho Penal español como son las de cohecho y la de tráfico de influencias realizada por particular, habida cuenta de que el carácter económico de la contraprestación como medio a través del cual se canaliza la influencia del particular para alterar el proceso motivador del funcionario, es el elemento que permite diferenciar las dos infracciones.

Igualmente, el artículo no distingue entre formas –directa o indirecta– en que se realiza la maniobra de corrupción, incluyendo cualquier oferta dirigida al funcionario ya sea realizada directamente por el propio particular o a través de terceros.

7.d. Responsabilidad penal de los miembros de Instituciones comunitarias

Por su parte, el art. 4 –uno de los artículos que más reparos suscita– se ha concebido para ampliar y reforzar el ámbito de las medidas anticorrupción introducidas por el Convenio, exigiendo que el Derecho penal de cada Estado miembro se ajuste para incluir una infracción autónoma cometida por sujetos que ocupen puestos específicos en las instituciones comunitarias. Al igual que el primer Protocolo se introduce el principio de asimilación según el cual todos los Estados miembros estarán obligados a aplicar

a los miembros de las instituciones comunitarias las mismas descripciones de los delitos de corrupción que se aplican a las personas con cargos similares en sus propias instituciones. De este modo, el apartado 1 del art. 4 sienta el principio de que los tipos penales aplicables a los miembros del gobierno, los diputados de los parlamentos nacionales, miembros de tribunales supremos y miembros de tribunal de cuentas se extenderán a sus equivalentes en el ejercicio de sus funciones en las instituciones comunitarias (miembros de la Comisión, miembros del Parlamento Europeo, miembros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y miembros del Tribunal de Cuentas). En virtud de esta asimilación las disposiciones nacionales deberán ampliarse a fin de incluir a los miembros de las instituciones comunitarias. Esta norma no requiere, según el Informe explicativo, que las infracciones especiales se apliquen respecto de estas personas en un Estado miembro. En el caso de que un Estado miembro ya aplique las mismas disposiciones a la corrupción de ministros, diputados o miembros de tribunales superiores que aplica a funcionarios, entonces simplemente se requiere que se añada la tipificación de la corrupción de miembros de las instituciones comunitarias recurriendo a las disposiciones generales.

En el apartado 2 del art. 4 permite la posibilidad de establecer excepciones al principio de asimilación del apartado 1 en aquellos Estados miembro en que la responsabilidad penal de los ministros del Gobierno esté regida por disposiciones especiales aplicable a situaciones nacionales específicas. No obstante, el Informe expresa que la utilización de la opción de excepción no excluye la necesidad de introducir una forma de responsabilidad penal por infracciones cometidas por miembros de la Comisión o contra ellos con arreglo a las normas comunes de Derecho penal nacional.

Con arreglo al apartado 3 los apartados precedentes sobre asimilación *«se entenderán sin perjuicio de las disposiciones aplicables en cada Estado miembro en lo relativo al procedimiento penal y la determinación de los órganos penales competentes»*. A efectos de los distintos apartados del art. 4 considerados en su conjunto, el Convenio no podrá afectar u obstaculizar las normas nacionales de procedimiento penal, ni las normas sobre competencia de los tribunales para juzgar asuntos relativos a las infracciones correspondientes, lo que no impide que el artículo produzca plenos efectos dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales. Especialmente, por lo que se refiere a las contempladas en el apartado 1, con respecto a las cuales el principio de asimilación implica de manera general y sin excepciones la igualdad de trato del Dere-

cho Penal, el informe explicativo, señala lo siguiente.»*cuando una ley especial de un Estado miembro confiera a un tribunal especial (o a una comisión específica de un tribunal ordinario) la competencia jurisdiccional, para juzgar a los ministros del gobierno, los miembros de los altos órganos jurisdiccionales, diputados de parlamentos nacionales, que hayan sido acusados de una infracción, entonces dichos tribunales tendrán también jurisdicción para juzgar asuntos similares que afecten a los funcionarios comunitarios anteriormente citados, pero sin perjuicio de las disposiciones nacionales relativas a la competencia».*

Por último, el apartado 4 del art. 4 establece que el Convenio se entenderá sin perjuicio de las disposiciones relativas a la retirada de la inmunidad para el personal de las instituciones comunitarias. Por lo tanto la retirada de la inmunidad sigue siendo una condición previa al ejercicio de la competencia y en relación a esta cuestión el Protocolo reconoce la obligación de cada una de las instituciones afectadas de aplicar las disposiciones relativas a los privilegios y las inmunidades, con sujeción a los procedimientos existentes y los medios ordinarios de reparación previstos en el Derecho Comunitario²⁶

Lo primero que se impone respecto a este artículo es interrogarse, en primer lugar, sobre si esta previsión específica del principio de asimilación es necesaria en vista de lo que se expone en el art. 1 sobre lo que se ha de considerar funcionario público y, en consecuencia, si las personas mencionadas en el art. 4 no están cubiertas por dicho concepto, y en segundo lugar cual es su impacto en el ordenamiento jurídico penal español.

Por lo que respecta a la primera cuestión Flore pone de relieve la falta de coherencia en el tratamiento que puede deparar establecer diferencias de categorías entre personas que ejercen funciones públicas Si se considera que las personas que ejercen las más altas funciones públicas están cubiertas por la noción de funcionario público, en este caso, habrá una discriminación de tratamiento entre los funcionarios normales y las personas que ejercen las más altas funciones públicas, porque sólo estos últimos estarán sometidos a la vez a la incriminación común pero igualmente a la regla de asimilación entrañará llegado el caso consecuencias menos favorables. Si

²⁶ Véase en particular el art. 18 del Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades de las Comunidades europeas.

por el contrario, se considera que los altos cargos no están sometidos a la noción común de funcionario habrá igualmente una discriminación de tratamiento en la medida de que los funcionarios cubiertos por la noción del art. 1 estarán sometidos únicamente a la incriminación común que podrá ser diferente de la de los derechos internos de los Estados miembros, mientras que las personas que ejercen las altas funciones públicas no estarán sometidas a la legislación común sino aquella prevista en la legislación interna para los funcionarios del mismo nivel. Obviamente, Flore, advierte que el problema puede ser solo teórico y que no tiene incidencia práctica en aquellos países en que no se establece distinción alguna según la categoría de las personas (como sucede, por ejemplo, en Bélgica)²⁷.

Algunos Códigos europeos ya han acogido en su legislación las obligaciones impuestas por el Convenio firmado en 1997.²⁸ En lo que respecta al Código Penal Español resulta obligado hacer algunas matizaciones. Por una parte, resulta indudable que son funcionarios públicos a efectos penales tanto aquellos que desempeñan funciones administrativas, en sentido estricto, como aquellos otros que llevan a cabo funciones jurisdiccionales, legislativas o políticas²⁹. Es más aunque se ha tachado de redundante y que nada añade a lo dispuesto en el párrafo 2, el párrafo 1 del art. 24. viene a reconocer expresamente dentro del «concepto de autoridad» a los miembros del poder legislativo (tanto de los Parlamentos nacionales, autonómico y comunitarios), del poder jurisdiccional (como miembros de alguna corporación tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia y los funcionarios del ministerio Fiscal), así como los altos cargos de la administración. Todos ellos podrán ser sujetos activos de las modalidades tipificadas en los arts. 419, 420, y 421, 425 y 426 del CP. Y de los restantes delitos del Título XIX porque viene expresamente dispuesto en el art. 24.1 del CP.³⁰

²⁷ Vid. Flore, D.: *L'incrimination de la corruption*, op. cit. p. 29.

²⁸ Rodríguez Puerta María José: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona 1999. pp. 169-171 y nota núm. 65.

²⁹ Sobre la noción de funcionario público, vid. Valeije Álvarez, I.: *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública*, en *Cuadernos de Política Criminal* num. 62, pp. 435 y ss.

³⁰ Sobre la represión del transfuguismo retribuido vid. Valeije Álvarez, I.: «*El transfuguismo bajo una perspectiva penal*» en *Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal contemporáneo* (editor. Jorge Collantes). Perú 2004, pp. 615 y 673.

Ahora bien, el ámbito de los preceptos de cohecho pasivo se refiere sólo a funcionarios y autoridades nacionales, por lo que si se quiere cumplir con las obligaciones asumidas por el Convenio como es abordar los supuestos de corrupción pasiva deberá indicarse expresamente en la Parte Especial mediante la reforma legislativa correspondiente, como han hecho los restantes códigos penales de nuestro entorno.

Cuestión distinta es la corrupción activa, la reciente introducción del art. 445 en la que se sanciona al particular que con dadas presentes ofrecimientos o promesas, corrompiera o intentara corromper por si o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación al ejercicio de funciones públicas para conseguir o contrato. Dentro de la expresión «funcionario público extranjero» tienen cabida todas las ofertas dirigidas a funcionarios no nacionales y miembros de organizaciones internacionales (se entiende creadas por los Estados o que dependan de estas) y en consecuencia podrá castigarse al particular por corromper o intentar corromper a funcionarios comunitarios o a funcionarios de otros Estados miembros pero sólo cuando se persigan con el soborno los estrictos objetivos que menciona el Código Penal.

7.e. Las sanciones

En el art. 5 del Convenio se recogen las sanciones. En el apartado 1 del art. 5 se dispone que los Estados miembros deberán garantizar que las infracciones de corrupción activa y pasiva definidas en los arts. 2 y 3 sean siempre objeto de sanciones penales, o dicho de otro modo, de posible enjuiciamiento. Esto se aplica igualmente a la complicidad en estas infracciones y a su instigación que deben interpretarse con arreglo a las definiciones dadas en los Derechos penales de cada Estado miembro. Este precepto, opta por un modelo diferenciado de autoría presente en algunos ordenamientos y, por otra, intenta eludir lagunas de punibilidad en relación a la participación de *extraneus* en delitos especiales.

En el mismo apartado también se recoge que las infracciones deben ser eficaces, proporcionadas y disuasorias, de acuerdo con la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el

asunto 68/88. En cumplimiento de esta sentencia los Estados miembros tienen cierto margen al determinar la naturaleza y severidad de las penas privativas de libertad que pueden ser impuestas. Las sanciones tienen que ser necesariamente penas privativas de libertad: también será posible imponer multas como alternativas al encarcelamiento o además de éste. No obstante, en casos graves el Convenio exige, que los Estados miembros establezcan para el autor, partícipe o inductor penas privativas de libertad que pueden dar lugar a la extradición. La imposición de esta sanción penal «no obstará al ejercicio de los poderes disciplinarios de las autoridades competentes contra funcionarios nacionales y comunitarios». Si bien en la imposición de la sanción penal los órganos judiciales podrán tener en cuenta, según los principios de derecho nacional, cualquier sanción disciplinaria que ya hubiera sido impuesta a la misma persona³¹. Esta es una disposición específica que no será obligatoria en aquellos Estados miembro que no reconozcan o no apliquen sanciones disciplinarias. En este punto, el Convenio identifica el principio *nom bis in idem* con el principio de proporcionalidad lo cual ya se venía haciendo en el ámbito comunitario desde la sentencia *Wilheim*.³²

En el art. 6 se recoge la responsabilidad penal de los directivos de empresa. Para ello reproduce en su totalidad el art. 3 del Convenio relativo a los intereses financieros de las Comunidades europeas, estableciendo que «Cada Estado miembro adoptará, con arreglo a los principios establecidos en su Derecho nacional, las medidas necesarias para que los jefes de empresa o toda persona que ejerza poderes de decisión o de control en una empresa puedan ser declarados penalmente responsables en los casos de corrupción a que hace referencia el artículo 3, cometidos por una persona sometida a su autoridad y que actúe por cuenta de la empresa». La citada disposición lo único que pretende es garantizar que los directivos de empresa u otras personas que ejerzan el poder legal y efectivo dentro de una

³¹ Los funcionarios pueden ser objeto de sanciones disciplinarias previstas en el art. 86 del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades europeas. Sobre la dudosa compatibilidad con el principio *nom bis in idem* de sanciones disciplinarias y penales en el caso de funcionarios públicos vid. Marina Jalvo, Belén: *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos* (2ª ed.) Valladolid 2001, pp. 185 y ss.

³² Vid. Nieto Martín A.: *Fraudes Comunitarios. Derecho penal económico europeo*. Barcelona 1996, pp. 161 y ss.

empresa no se vean eximidos de forma automática de toda responsabilidad penal en casos en que una persona bajo su autoridad y en nombre de la empresa ha cometido un acto de corrupción activa en beneficio de la propia empresa. El Convenio deja a los Estados miembros completa libertad a la hora de establecer las bases para la responsabilidad penal de las personas con poderes de decisión: podrán darse dos supuestos distintos: que aquel tenga poder de decisión ordene a un subordinado que cometa un delito, ante lo cual nos encontraremos con un autor mediato o inductor dependiendo de la cualidad de instrumento en el subordinado, o bien ; que el subordinado cometa un delito ante la ausencia de control del que tiene poder de decisión. En este último supuesto se tratará de un supuesto de *culpa in vigilando* o negligencia que no se podrá castigar conforme a nuestro ordenamiento jurídico al no preverse expresamente con relación a estos delitos el castigo por la comisión de conductas imprudentes³³.

Las reglas de competencia se encuentran recogidas en el art. 7. En dicho precepto se establecen una serie de criterios para otorgar a las autoridades judiciales y de aplicación de la ley la competencia para entablar acciones y entender en los asuntos relativos a las infracciones a las que se aplica el Convenio.

Según el apartado 1, cada Estado miembro estará obligado a establecer su competencia en al menos cuatro tipos de situación, a saber:

- a) Cuando la infracción se haya cometido total o parcialmente en su territorio, por ejemplo, cuando la solicitud, se produzca allí; la ventaja se conceda allí, o el acuerdo 0 de la infracción se alcance allí y con independencia de la nacionalidad del funcionario o del particular (principio de territorialidad)³⁴.
- b) Cuando el autor de la infracción sea uno de los nacionales o uno de los funcionarios (principio de personalidad activa), el criterio de la condición de autor de la infracción significa que la competencia puede establecerse con independencia de la *lex loci delicti*, Correspon-

³³ Vid. Cerezo Domínguez, A.: *La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales...* op. cit. p. 21.

³⁴ El principio de territorialidad se encuentra previsto en el art. 8.1 del Código civil y el art. 23.1 de la Ley Orgánica del Poder judicial.

de a los Estados miembros entablar acciones por las infracciones cometidas en el extranjero incluidos los países no miembros que no extraditen a sus propios nacionales³⁵.

- c) Cuando la infracción se haya cometido contra uno de los nacionales del Estado miembro sea este funcionario o un miembro de una institución comunitaria. Se trata de la aplicación de un principio de competencia extraterritorial denominado principio de personalidad pasiva. Actualmente son pocas las legislaciones que acogen este principio citándose como exponente más claro el Código penal suizo y respecto a algunas infracciones el Código penal alemán. El Convenio señala que este principio puede ser de particular interés en los casos de corrupción activa en el extranjero por parte de personas que no son nacionales del Estado miembro de que se trate³⁶.
- d) Cuando el autor de la infracción sea un funcionario comunitario al servicio de una institución de las Comunidades Europeas que tenga su sede en el Estado miembro de que se trate. El Convenio señala que el criterio de la sede puede ser útil para casos especiales no contemplados en otras normas de competencia, por ejemplo, cuan-

³⁵ Este criterio supone la aplicación de la ley penal nacional a delitos cometidos por españoles en el extranjero, siempre que se cumplan determinados requisitos que suelen ser la existencia de denuncia o querrela la doble incriminación y la prohibición de *non bis in idem* (así en el art. 23.3 LOPJ). El principio de personalidad activa es ampliamente cuestionado por la doctrina penal contemporánea que recuerda su carácter dominante en el Antiguo Régimen y también en los regímenes totalitarios alemán y soviético de entre guerras. Actualmente tiene un carácter meramente complementario de territorialidad, vid. García de Paz I, / Blanco Cordero I.: *Problemas de Derecho internacional en la persecución de delitos cometidos a través de Internet*. En *Actualidad Penal*, núm. 7 /2002 –semana 11 al 17 de febrero de 2002.

³⁶ La legislación española que como sabemos acoge el principio de personalidad activa no dispone de competencia por personalidad pasiva (cualquier delito cometido contra los nacionales del estado). De ahí que puede suceder que el extranjero autor de un delito contra un español pueda incluso entrar en España sin que la justicia penal española tenga posibilidad de actuar contra el, salvo que se trate de un delito sobre el que existe competencia por otras razones (por ejemplo el principio real o de protección que se enumera en la art. 23 de la LOPJ y se contrae a determinados delitos entre los que se encuentra los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración pública española).

do la infracción sea cometida fuera de la Comunidad por parte de un funcionario de la Comunidad que no sea nacional de un Estado miembro.

Por analogía a la solución ya adoptada en el contexto de los instrumentos relativos a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea se proponen cuatro criterios para establecer la jurisdicción de los cuales solo uno (el principio de territorialidad) es sin embargo obligatorio para todos los Estados miembros dado que pueden aplicarse excepciones a cada uno de los tres. Así lo establece el apartado 2 del art. 7: «*no aplicará una o varias de las normas de competencia contempladas en la letra b), c) y d) del apartado 1 del presente artículo o que sólo las aplicará en casos o condiciones particulares*»³⁷. Con arreglo a este precepto son posibles dos tipos de reservas: una que tendrá por efecto excluir uno o los tres criterios de competencia enumerados en el párrafo 1º o una reserva que permita subordinar su aplicación a modalidades particulares de fondo y de forma.

Los arts. 8 y 9 del Convenio se refieren a cuestiones de cooperación judicial en materia penal. Y conjuntamente con los arts. 10 (*nom bis in idem*), 11 (posibilidad de los Estados miembros adoptar disposiciones de Derecho interno cuyo alcance sea mayor que el de las obligaciones que se derivan del Convenio); se basa en su mayor parte en el Convenio de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Por último, el art. 12 establece la competencia de los Tribunales de Justicia de las Comunidades Europeas para resolver litigios entre Estados miembros y en determinados casos entre estos y la Comisión en relación con la interpretación y aplicación del Convenio.

En relación al procedimiento de extradición el art. 8 del Convenio obliga a los Estados miembros cuya legislación no conceda la extradición de sus nacionales (caso de España³⁸) a que adopte las medidas necesarias

³⁷ Vid. párrafo 2, art. 7: En el momento de la notificación prevista en el apartado 2 del art. 13, todo Estado miembro podrá declarar que no aplicará una o varias de las normas de competencia contempladas en la letra b), c) y d) del apartado 1 del presente artículo o que sólo las aplicará en casos o condiciones particulares.

³⁸ El art. 3.1 de la Ley 4/1985 de 21 de marzo de Extradición pasiva contempla el principio de no entrega a nacionales o de los extranjeros que deben ser juzgados en España aunque otorga la posibilidad de que las autoridades españolas puedan iniciar actuaciones para en su caso enjuiciar los hechos en España si el Estado requirente lo solicita.

para establecer su propia competencia sobre las infracciones penales que haya tipificado de acuerdo con las obligaciones que se derivan de los puntos 4 y 5, cuando sean cometidas por sus propios nacionales fuera de su territorio. En segundo lugar establece que si el acto de corrupción ha sido cometido en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro y no puede ser extraditado por el único motivo de que este último no extradita a sus nacionales, el art. 8 obliga al Estado miembro requerido a someter el caso a sus autoridades judiciales para que estas efectúen las correspondientes diligencias judiciales. Esta última previsión del apartado 2 del art. 8 es una manifestación del principio «*aut dedere aut judicare*» (o extraditar o juzgar). Según Cerezo Domínguez esta disposición no pretende afectar a las normas nacionales en materia de procedimientos penales

Si un procedimiento relativo a una infracción tipificada de acuerdo con las obligaciones que se derivan de los puntos 4 y 5 afecta al menos a dos Estados miembros, éstos cooperarán de manera efectiva en la investigación, en las diligencias judiciales y en la ejecución de la sanción pronunciada, por ejemplo mediante la asistencia judicial, la extradición, la transmisión de las diligencias o la ejecución de las sentencias dictadas en otro Estado miembro.

Los Estados miembros aplicarán en su Derecho penal interno el principio *non bis in idem*, en virtud del cual una persona que haya sido juzgada con sentencia definitiva en un Estado miembro no podrá ser procesada por los mismos hechos en otro Estado miembro, siempre que, en caso de condena, la sanción se haya cumplido ya, esté en vías de ejecución o ya no pueda ejecutarse según las leyes del Estado que la impuso.

8. DIFICULTADES EN EL PROCESO DE ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO PENAL INTERNO A LAS INICIATIVAS COMUNITARIAS

Como hemos puesto de relieve los convenios suscritos por España en materia de represión de la corrupción obligan a asimilar los mandatos internacionales de acuerdo a unas pautas de identidad sustantiva que trasciendan más allá de las meras formalidades —del simple hecho de armonizar las leyes— y a plasmar las obligaciones asumidas del modo más coherente en orden al cumplimiento de los fines pretendidos en el Tratado (protección de los intereses financieros de la UE, la protección del mercado y la libre competencia).

Armonizando las definiciones penales en relación a determinados delitos se alcanzará la exigencia de doble incriminación en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y las disposiciones relativas a la cooperación internacional que pretenden facilitar la comunicación directa y rápida entre las distintas autoridades nacionales competentes.

Sin embargo, la opción de criminalización de determinadas conductas (por ejemplo, corrupción entre particulares, corrupción en las actividades comerciales internacionales, de agentes públicos extranjeros, financiación ilegal de partidos) apoyándose sin más en las obligaciones asumidas evita un debate más serio: y es la relativa a cuál es el modelo de represión de la corrupción que ha de ser transpuesta al ordenamiento interno: y si aquel debe tener por objeto la represión de conductas dañosas a la función pública desenvuelta por una institución supranacional y los principios que deben presidir su desarrollo o un modelo de represión más restrictivo, como por el ejemplo el acogido en el Convenio de Estrasburgo. En ella tienen cabida dentro del concepto de corrupción las emparentadas con el soborno que implican a personas investidas de funciones públicas o privadas que hayan violado sus deberes en vista de obtener ventajas de cualquier naturaleza directamente o través de personas interpuesta.

La ausencia de este debate en orden a la armonización de sanciones, inculpaciones y sanciones en materia de corrupción tiene consecuencias transcendentales en nuestra legislación interna (por ejemplo por qué tipo de delitos contra la función pública debe responder el funcionario comunitario y en qué libro del Código penal debe recogerse aquel concepto). Y hay un cierto peligro de una regresión a una histórica patrimonialización e individualización de la tutela penal en materia económica (por ejemplo cuál es el bien jurídico protegido en la corrupción entre privados).

También hay que destacar que en relación al diseño legal de la respuesta a la represión del cohecho se duda entre adoptar una estructura típica deliberadamente amplia y flexible (acorde con un concepto sociológico de corrupción emparentado fundamentalmente con conductas ceñidas al soborno) de modo que tenga cabida en la misma figura penal conductas además del tradicional cohecho de funcionarios, el tráfico de influencias, otros conflictos de intereses, o incluso la financiación ilegal de partidos, entre otros. La ampliación del ámbito típico se lograría: con un cambio de orientación en la interpretación del bien jurídico protegido por el delito de cohecho, la superación de la dicotomía entre las diversas moda-

lidades típicas de cohecho (cohecho pasivo propio, impropio, o aceptación de ventajas); ampliación del concepto de funcionario público a sujetos que formalmente no pertenecen a la organización burocrática del Estado (por ejemplo, candidatos de partidos políticos), simplificando el contenido de concepto de acto del cargo (acto contra los deberes del cargo o deberes oficiales); adoptando un concepto ambiguo de ventaja como reenumeración del acto realizado por el funcionario (se utiliza el término de ventaja irregular de modo que queden incluidas las ventajas inmateriales). En mi opinión, semejante propuesta de criminalización plantean numerosos problemas desde el punto de vista del principio de taxatividad (o determinación formal) en lo referente al contenido material de injusto. Y resultan difuminados los límites entre el ámbito típico del cohecho respecto a comportamientos socialmente adecuados.

La segunda opción es seguir manteniendo el delito de cohecho en sus límites tradicionales, desechando figuras híbridas y contemplar autónomamente figuras penales debidamente perfiladas que también han contribuido históricamente a la protección de la función pública: negociaciones prohibidas, tráfico de influencias, malversación de caudales, etc.

En cualquier caso la aproximación de legislaciones y armonización de tipos penales en materia de corrupción debe ir preterida sobre una reflexión sobre la tortuosa tipificación del delito de cohecho en nuestro Código penal y en todo caso por tener presente que en el delito en cuestión una buena parte de los elementos que conforman las modalidades típicas de cohecho están marcados por su dependencia de la regulación extrapeenal, esto es, del Derecho Administrativo o del Derecho público en general. Voy apuntar algunos de los aspectos que a mi juicio son los más problemáticos.

9. ANÁLISIS DE ALGUNOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES EN MATERIA DE CORRUPCIÓN: ELEMENTOS PROBLEMÁTICOS

9.a. El bien jurídico tutelado y la dañosidad de la corrupción funcionarios

Como he resaltado anteriormente los discursos en materia de lucha contra la corrupción enfatizan el parámetro económico como motivo principales de aquella campaña. La corrupción en sentido amplio (aunque

ligada a las prácticas de soborno de funcionarios) son conductas que alteran el libre juego de las fuerzas económicas, afectan a la transparencia, estabilidad y gobernabilidad de los mercados internacionales. Esta lectura de la corrupción como una distorsión del mercado internacional no contempla el interés penal de reprimir la corrupción en la legislación penal interna o en todo caso este interés se presenta como una idea adicional de la protección de las inversiones internacionales.

Desde el punto de vista de la legislación penal doméstica, la variedad de tipos delictivos que dan vida a la figura delictiva de cohecho pretenden reprimir toda colusión entre la función pública y el ámbito privado principio básico y fundamental en orden a garantizar el funcionamiento y credibilidad de las instituciones y organismos públicos. La obligación de que la esfera pública y la esfera privada pertenecen escrupulosamente separadas es uno de los valores que se institucionalizan en el rol del funcionario público.

Actualmente, se defiende una lectura del bien jurídico protegido en el cohecho desde el prisma constitucional poniendo en relación lo dispuesto en el art. 9.3 (que entre otros principios alude a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos) y el art 103 del texto constitucional que menciona el principio de imparcialidad de la Administración Pública

La imparcialidad (o también denominado objetividad, neutralidad, eficacia indiferente) se trataría de un bien jurídico inmediato con función representativa para garantizar la igualdad de las prestaciones públicas por todos los ciudadanos. Estamos ante un bien jurídico de naturaleza institucional y, en consecuencia, ante un bien jurídico que no permite solventar desde el punto de vista hermenéutico todas las funciones inmanentes a esta categoría dogmática, fundamentalmente, en orden a expulsar conductas del tipo que pese a inscribirse en ellas se consideran penalmente irrelevantes.

Sin embargo, en el Código penal español no es la presencia de cualquier interés privado lo que tratan de prevenir los tipos penales de cohecho, sino el interés económico (y lo que lo diferencia de otros delitos como por ejemplo las negociaciones prohibidas o el tráfico de influencias).

En definitiva, las restricciones penales a las prácticas de cohecho persiguen mantener libres de toda influencia, pero traducida en términos de interés económico, los procesos de adopción de decisiones públicas –ya

sean éstas administrativas, políticas o económicas—. Nadie debe en ninguno de estos procesos ofrecer ventajas patrimoniales o bien solicitarlas, aceptarlas o exigir las. Es la presencia del interés económico que determina la decisión pública final y no el mero interés privado lo que individualiza los tipos penales de cohecho del resto de las figuras delictivas del Título XIX: especialmente del fraude, negociaciones prohibidas y del tráfico de influencias

9.b. El ámbito típico de la corrupción

Según su localización sistemática (arts. 419 a 427 del Título XIX del Código Penal) el delito de cohecho es el delito paradigma contra la Administración Pública. Por el momento, no contemplamos en nuestros textos legales la sanción por la práctica de sobornos en el ámbito de la empresa privada, sin perjuicio de que hayan surgido algunas propuestas doctrinales estudiando la posibilidad de reprimir aquellos comportamientos acudiendo a delitos como administración desleal de patrimonio ajeno o incluso apropiación indebida. En la legislación penal interna, el delito de cohecho se trata inexcusablemente como un delito contra la Administración Pública. Si embargo el término «Administración Pública» es equivoco. La expresión posee en el lenguaje coloquial dos acepciones: de una parte designa la actividad de administrar y gestionar ciertos asuntos públicos y de otra a la persona jurídica u organización que se encarga de dicha actividad. Es decir el término es susceptible de dos acepciones: una funcional (administración- función) y otra subjetiva (administración- orgánica). De ahí que la Administración Pública en sentido subjetivo es un complejo orgánico integrado en la órbita del ejecutivo o de las organizaciones territoriales en las que el Estado se estructura territorialmente. El Código penal refiere su protección a la administración pública funcional, esto es la actividad prestacional desarrollada por los poderes públicos y por las diferentes administraciones. Están incluidas las actividades propias del poder judicial e incluso del poder legislativo, poderes estos dos últimos que como señala Octavio de Toledo casan mal con la expresión «Administración Pública»³⁹.

³⁹ Octavio de Toledo, E.: «Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)» en *El Nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prf. Dr. Don Ángel Torio López*. 1999, pp. 863 y ss.

Ello nos lleva a una ulterior reflexión y es sí pueden aplicarse los delitos de cohecho a los actos políticos o de gobierno. Ámbito donde tienen lugar la mayor parte de actos discrecionales cuyo control penal tanto preocupan a la doctrina

Es sabido que los actos políticos o de gobierno (dirección de la política y defensa del Estado) están excluido del control de la jurisdicción contenciosa administrativa y únicamente lo están al control de constitucionalidad, pero en el supuesto de que su adopción obedezca a móviles económicos ¿deben estar excluidos del control del Derecho penal?. Un importante sector de nuestra doctrina rechaza la concepción del acto político por considerarla inútil y superada, e incluso contradictoria con la Constitución a la vista de sus artículos 9.1, 97, 103 y 106 —e innecesaria para explicar la injusticiabilidad de ciertos actos que no proceden de la Administración como persona jurídica—. La mayoría de nuestra doctrina admite, que una serie de actuaciones llevadas a cabo por el Gobierno por su carácter específico como órgano constitucional y no como órgano de la Administración no son revisables ante la jurisdicción contenciosa. Según esta posición doctrinal dichos actos no son controlables ante la jurisdicción contencioso-administrativa por entender que responden a una actividad propiamente política del Gobierno, ligado a su función como órgano constitucional. También se incorporan a esta categoría los actos dictados en el ámbito de las relaciones internacionales. Por consiguiente, según esta postura, es el criterio empírico y material el que permite hablar de actos políticos como actos diferentes a los administrativos. En cualquier caso no se trata de que los actos políticos no queden sujetos al Derecho, sino que quedan exentos del control jurisdiccional para someterse a otros controles, como pueden ser el parlamentario o el internacional.

En lo que respecta a la actividad legiferante, algunos autores proponen la necesidad de tipificar un delito de corrupción de parlamentarios tal y como se contempla en el art. 108c del StGB o una agravación de la pena. En España Rodríguez Puerta critica la falta de diferenciación, a efectos penales, entre las distintas funciones públicas. En su opinión no pueden valorarse de forma idéntica el cohecho cometido en el ámbito de la actividad jurisdiccional, legislativa o política y en la administrativa. En su opinión, la falta de mención expresa de la actividad política en relación al cohecho genera insalvables contradicciones, razón por la cual defiende la inclusión de un tipo específico para sancionar la corrupción de parlamen-

tarios. En Alemania Überhofen recomienda mantener el tipo penal del § 108 StGB referida a la compraventa de votos de representantes populares comunitarios, federales, regionales o municipales en una votación y propone modificaciones ampliar la punibilidad de funciones parlamentarias vendibles: votaciones, elecciones, discursos, solicitudes y preguntas en el Parlamento y extender la punibilidad a los grupos parlamentarios⁴⁰.

9.c. El problema del sujeto activo de la corrupción pasiva

El Código penal describe el sujeto activo del delito de cohecho pasivo con los términos típicos «funcionario público o autoridad», razón por la cual el cohecho pasivo se caracteriza por ser un delito especial propio arrastrando los problemas ampliamente reiterados en materia de autoría y participación.

Los límites del concepto de funcionario público y autoridad resultan decisivos para trazar la frontera entre lo penalmente relevante y lo penalmente irrelevante. E incluso para diferenciar entre las distintas figuras delictivas. Señalare en orden a este elemento del tipo algunas cuestiones problemáticas:

1. La vocación del art. 24 del CP, en tanto que interpretación auténtica, es nace solventar los problemas de interpretación de los elementos normativos «autoridad» y «funcionario público» en la Parte Especial del Código. En concreto el término «funcionario público» se hace depender de dos variables: de la presencia de un título de incorporación (disposición de la ley, nombramiento de autoridad competente o elección) y que este título habilite para la participación en funciones públicas. Del concepto «participación en funciones públicas» depende el radio o ámbito típico en que se desenvuelven estos delitos. Sin embargo, no ha sido suficientemente precisado lo que debe entenderse por funciones públicas en el ámbito penal. La doctrina penal española viene equiparando aquélla expresión al desenvolvimiento de la acción administrativa desarrollada con arreglo a Derecho

⁴⁰ Überhofen, Michael: *Korruption und Bestechungsdelikte in staatlichen Bereich*. Freiburg in Breisgau. 1999. Citado por Abanto Vázquez, Manuel A.: «La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado» en *El Derecho ante la Globalización y el terrorismo*. Actas del coloquio Internacional Humboldt Montevideo abril 2003 (coordinado por Mario G. Losano/Francisco Muñoz Conde. Valencia 2004.

Administrativo o Derecho Público⁴¹. Por el contrario, en otros países de nuestro entorno la privatización de la gestión de determinadas funciones públicas o su sometimiento a técnicas de gestión propias del Derecho Privado determinó al legislador a modificar las disposiciones sobre el concepto de funcionario. En este sentido, en el Derecho penal alemán el §11 primero, 2 del StGB considera que es funcionario público, a fines penales, el que se encarga de funciones públicas independientemente de la forma de organización elegida. Esta ampliación permite aplicar los tipos penales de cohecho en los supuestos que la administración actúa bajo formas organizativas propias del Derecho Privado (privatización material de funciones públicas).

2. Tampoco está suficientemente precisado quiénes son los «particulares que desempeñan funciones públicas» a los que se refiere el art. 422 del CP en sede de cohecho pasivo propio y a los que la doctrina denomina «funcionarios impropios». En mi opinión, la expresión hace referencia a determinados particulares que sin estar incorporados a la organización burocrática del Estado desarrollan funciones que por haber adquirido un significado público especial el Estado las asume como funciones propias aunque su gestión venga encomendada a particulares (concesionarios de servicios públicos) o a particulares que en sus cometidos llevan anejas potestades administrativas (comandantes de buque, comandantes de aeronave, comisario de la quiebra, depositario de bienes embargados, etc.). Sea como fuere el contenido de la expresión aun no ha sido suficientemente precisada y siguen suscitándose problemas a la hora de aplicar el concepto de funcionario público aquellos particulares que ejercen funciones por encargo o delegación de la administración (gestión privada de función pública).

3. Un problema añadido es que los funcionarios impropios sólo responden por las figuras de cohecho pasivo de los arts. 419, 420 y 421 del CP ya que el art. 422 se refiere a los artículos precedentes, dejando fuera de esta enumeración la modalidad de cohecho que a mi modo de ver es el tipo básico, esto es del cohecho pasivo propio 425 del CP.

⁴¹ Vid sobre la problemática del concepto funciones públicas Valeije Álvarez, I.: «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública». Cuadernos de Política Criminal. (n. 1 62) 1997, pp. 435-498.

4. Por otra parte, las obligaciones internacionales asumidas por el estado español para la armonización de las leyes penales nos obligan a extender los tipos penales de cohecho a los funcionarios comunitarios y funcionarios nacionales de otro estado miembro. Por el momento, sólo podemos sancionar la corrupción activa de funcionarios extranjeros o de organizaciones internacionales recurriendo al art. 445 del CP que tipifica el soborno en negociaciones transnacionales. Pero tampoco existe en el Código penal una definición penal específica de lo que debe reputarse funcionario extranjero. Unas pautas de interpretación, aunque no son vinculantes, se recogen en el informe explicativo al Convenio de la OCDE. En su art. 1.4 señala que: «agente público extranjero es cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial en el país extranjero tanto por nombramiento como por elección, cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o empresa pública y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública».

5. La introducción por el Código penal de 1995 del término «*Autoridad*» conjuntamente con funcionario público parece redundante por cuanto siempre se ha sostenido que una autoridad es siempre funcionario. Tal vez, la intención perseguida por el legislador haya sido acabar con la discusión sobre si los miembros del Poder Legislativo (parlamentarios de las distintas Cámaras legislativas (nacionales, autonómicas y de la unión europea son funcionarios públicos) y los miembros del Ministerio Fiscal. Cómo ya hemos adelantado, en otras legislaciones hay preceptos específicos para castigar la corrupción activa y pasiva de diputados que se financian con dinero proveniente del delito de corrupción así en el § 180 del StGB. Sin embargo, lo dispuesto en el art. 24.1 del CP esta inclusión no solventa por si sola la polémica sobre si ciertas modalidades de corrupción política (como por ejemplo, el transfuguismo retribuido, pago para cambiar el sentido del voto, políticos en nomina de ciertos grupos de presión, etc.) puede ser corregida acudiendo a los tipos de cohecho pasivo propio del art. 419 del CP (acto del cargo que constituya delito) o por el art. 425 del CP (acto del cargo).

9.d. La dimensión temporal del concepto de funcionario público

En todo caso no cabe duda de que los cargos políticos son funcionarios públicos a efectos penales. Sin embargo, uno de los problemas que

presenta la represión de actos de corrupción imputados a los funcionarios políticos consiste en determinar el momento en que se adquiere la condición de cargo representativo y en consecuencia cuando comienza a participarse en el ejercicio de funciones públicas. Esta cuestión se ha planteado fundamentalmente en relación a determinados casos de transfuguismo retribuido en el que se ha podido constatar que la reenumeración o la promesa de la misma ha sido realizada antes de adquirir aquella condición, cuestión especialmente importante a los efectos de reprimir la financiación ilegal de partidos⁴². Esto es ¿cuándo se adquiere la cualidad de concejal o parlamentario a efectos penales? La cuestión es si tal condición se adquiere con la publicación del acuerdo de la Junta Electoral correspondiente que proclama la condición de concejal o diputado electo, o si es preciso además que el órgano de la Administración electoral expida la credencial expresiva de que ha sido designado concejal o diputado por determinada circunscripción electoral, o, si para alcanzarla es necesario que hayan accedido a la condición plena que es cuando están en posición de disfrutar de los honores y prerrogativas y distinciones del cargo asumido. Por ejemplo, en el caso de los diputados equivaldría a presentar la referida credencial, cumplimentar su declaración de actividades, y en la primera sesión que asista prestar promesa o juramento de acatar la Constitución. La opinión comúnmente aceptada es que se empieza a participar en el ejercicio de funciones públicas desde el momento que los cargos representativos son candidatos electos y acceden a su credencial. La jurisprudencia, cuando ha tenido ocasión de pronunciarse, así en la SAP. de las Palmas de 24 de febrero de 2000, suele remitir el momento en que se adquiere la condición de electo según lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1995 de 19 de junio de Régimen Electoral general.

9.e. Modalidades típicas del delito de cohecho

La variedad de tipos delictivos reunidos bajo la misma rúbrica representa un serio obstáculo para el hallazgo de una definición que, con plenitud explique sintéticamente que es el cohecho. Las dificultades que presenta esta figura en orden a ofrecer una clasificación satisfactoria a sus distintas

⁴² Romero Flores, B.: *Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular*. Barcelona 2005.

modalidades obedece, fundamentalmente, a que desde su configuración inicial (en la que se concibe como un delito bilateral que se perfecciona por el acuerdo de voluntades de funcionario y particular), el legislador ha ido uniendo y agrupando lo que constituyen conductas distintas con un denominador común difícil de encontrar, como no sea el tratar de evitar todo intento de colusión entre la función pública y la propiedad privada. Una calificación de las diversas modalidades podría ser la que sigue:

- A) Por el sujeto activo: tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han distinguido dos modalidades de cohecho básicamente diversificadas en base al carácter público o privado del sujeto activo que cumple el tipo. Así tenemos de un lado el *cohecho pasivo* (relativo al funcionario, autoridad o personas asimiladas del art. 422 del CP que solicita, recibe o acepta la promesa de un soborno) y *cohecho activo* (relativo al particular que ofrece, entrega o promete una retribución al funcionario público o autoridad o personas asimiladas o funcionarios extranjeros o de organizaciones internacionales, arts. 422 y 425 del CP)⁴³.
- B) Por el objeto de la retribución: A su vez, el cohecho pasivo se diferencia en cohecho pasivo propio (si la retribución es por realizar un acto en el ejercicio del cargo arts. 419 a 425 del CP), cohecho pasivo impropio (en el que el funcionario recibe una dádiva o regalo en consideración al cargo que desempeña, o para la consecución del acto no prohibido legalmente art. 426). Aun dentro de la clasificación de cohecho pasivo propio podríamos hacer una nueva división atendiendo a las relaciones existentes entre los diferentes tipos penales y, en consecuencia, distinguir tipos básicos (en mi opinión el inciso primero del art.

⁴³ La Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre también ha añadido al Título XX del Código penal relativo a los Delitos contra la Administración de Justicia, un nuevo Capítulo IX denominado «Delitos contra la Administración de justicia internacional». En dicho Capítulo se contempla un único artículo (el art. 471 bis) que sanciona en su apartado 4º al que corrompiera un testigo o obstruyera su testimonio o comparecencia ante la Corte internacional y en el apartado 7º el que aceptara o solicitara un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación a sus funciones.

425 del CP que se refiere al «acto del cargo»), tipos agravados (arts. 420 y 421 del CP) y tipos hiperagravados (arts. 419 del CP) y tipos privilegiados (art. 424 del CP relativo a cuando el soborno mediar en causa criminal a favor del reo).

- C) Por el momento de recepción de la dádiva: Igualmente, el cohecho pasivo puede ser objeto de una nueva clasificación atendiendo al momento de la recepción de la dádiva si fue antes o después de realizado el acto, denominados *cohecho propio antecedente* (si media antes una solicitud o un acuerdo entre funcionario y particular) o *cohecho pasivo subsiguiente* (si primero se realiza el acto y después se recibe la renumeración).

9.f. Las Conductas típicas de cohecho pasivo propio

Las conductas típicas de las diferentes modalidades cohecho pasivo se expresan con los verbos típicos solicitar, recibir, por si o por persona interpuesta, y aceptar retribuciones acompañadas de la finalidad de realizar una prestación pública. Son manifestaciones de voluntad indicativas o equiparables a las diversas fases por las que atraviesa la conclusión del acuerdo ilícito entre funcionario y particular que caracteriza el cohecho.

Todas las modalidades responden a la estructura de tipos mixtos alternativos. Cualquiera que sea la conducta realizada el tipo se consuma. Si en primer lugar media una promesa a la que sigue la entrega, el pago consiste en un acto posterior impune de acuerdo con la dogmática de aquellos delitos.

No deja de sorprender la tendencia reciente de la jurisprudencia italiana en convertir el tipo mixto alternativo de cohecho en un tipo cumulativo, en el sentido de que la figura contiene tres conductas distintas y autónomas: la solicitud, la entrega y la promesa. De este modo se consigue un entendimiento de la figura delictiva en que el particular que primero promete y luego paga comete dos delitos distintos. No solo eso, si paga en varios plazos existen tantos delitos como fracciones de pago. De este modo se multiplican los delitos. El fin de esta interpretación no es tanto agravar la pena (se trataría de un delito continuado cuya pena se deriva de la acumulación jurídica penando el delito más grave en su mitad superior) como sobre todo alargar los plazos de prescripción del delito (convirtiéndolo en permanente) y orientar la competencia por el territorio (delito más grave o donde se realizó la primera infracción) empleando, nuevamente,

las categorías penales concernientes al tipo para la exigencias de represión del caso concreto.

Otra cuestión discutida es si el delito en estudio es de mera actividad o de resultado, de la respuesta depende no sólo si cabe o no apreciar formas imperfectas de ejecución, sino sobre todo admitir formas de comisión por omisión por parte del superior jerárquico que no evitó la infracción –tal y como aconsejan la normativas internacionales en esta materia–. En mi opinión, en el delito de cohecho no tienen cabida las formas de imputación omisivas con arreglo a lo dispuesto en el art. 11º del Código Penal. Ninguno de los requisitos allí previstos se cumplen para imputar una conducta de soborno a la tolerancia de estas practicas por parte de un superior jerárquico: se trata de un delito de mera actividad, no todos los funcionarios tienen un especial deber o una obligación legal de evitar las practicas de soborno por parte de terceros (en todo caso de no incurrir personalmente en ellos) y no se puede decir que la mera tolerancia sea equiparable o equivalente a causar un resultado. En todo caso deberá estudiarse si en el caso concreto es posible sancionar dicha tolerancia por el delito previsto en el art. 408 del CP (omisión del deber de promover la persecución de delitos de los que se tenga noticia o de sus responsables).

Se ha criticado que técnica legislativa adoptada en la redacción actual del cohecho es inoperante y no responde a las nuevas modalidades de corrupción. Pensada para la represión de actos aislados y singulares (corrupción puntual) no es útil para prevenir y reprimir las formas de corrupción contemporánea que se caracterizan por la creación de redes e intercambios que son continuos en el tiempo constituyendo una relación continuada de intercambios que da lugar a una forma de asociación criminal dirigida a realizar un programa futuro de transacciones ilícitas (corrupción organizada o sistémica)⁴⁴. En estas nuevas modalidades de corrupción ya no es objeto de compraventa el acto singular, sino la entera actividad del funcionario, es lo que se denomina «funcionario en nómina».

Para un sector de la doctrina penal debería superarse la dicotomía entre las modalidades típicas de cohecho pasivo propio e impropio, puesto

⁴⁴ Nieto Martín, A.: «*La corrupción en las transacciones comerciales internacionales*» en Estudios de Derecho penal (coordinador Adán Nieto Martín). Universidad de Castilla-La Mancha y Grupo español de la AIDP. 2004, pp. 61 y ss.

que desde el punto de vista valorativo carece de sentido la diferencia de pena entre comportamientos delictivos y no delictivos cuando los mismos son objeto de un soborno. Y que desde el punto de vista práctico, resulta sumamente complejo en los procesos por actos discrecionales decidir si constituye un cohecho propio o impropio. En relación a esta cuestión y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre la diferencia entre cohecho pasivo propio e impropio quiero hacer alguna observación.

Es cierto que la regulación actual del delito de cohecho en nuestro ordenamiento es muy defectuosa denotando un excesivo casuismo así como escasa claridad en sus descripciones típicas. También creo que podía subsanarse en alguna medida esa defectuosidad de la que adolece la incriminación del cohecho modificando la relación de alternatividad o relación de exclusividad formal en la que se encuentran redactados los tipos penales. Sin embargo, considero que esta reforma no puede hacerse eliminando la dicotomía entre cohecho pasivo propio e impropio, al menos a la vista de lo que entiende la doctrina por aquellos conceptos. Tengo la impresión de que las novedades introducidas por el Código Penal de 1995 en la redacción del art. 425 y 426 no permiten trasladar automáticamente las viejas calificaciones de cohecho pasivo propio y cohecho pasivo impropio a lo dispuesto en los arts. 419, 420 y 421 de un lado y lo dispuesto en los arts. 425 y 426 de otro. Solo uno de ellos debe ser calificado como tal y, desde mi punto de vista, el único que puede serlo es el art. 426 del CP. Hay que tener en cuenta que el derogado art. 390 se desdobra por así decirlo, en dos tipos distintos. De modo tal que el art. 425 (acto del cargo) viene a ocupar el puesto de un tipo básico o de recogida de cohecho pasivo. El art. 426 –auténtico cohecho pasivo impropio, cohecho no corruptor o aceptación indebida de retribuciones– queda limitado a sancionar supuestos en que el funcionario acepta regalos o gratificaciones por el cargo que ocupa o por la actividad que ejerce normalmente –aunque no entren en su competencia específica– y que no deben ser retribuidos debido a la gratuidad de la función pública. Sobre esta cuestión me extenderé más adelante, en todo caso, la reforma que considero necesaria debe realizarse simplificando las diversas modalidades de cohecho pasivo propio: refundiendo en un tipo unitario las distintas modalidades de «acto constitutivo de delito» «abstención del acto» y «acto injusto». Debería optarse por mantener un único tipo penal que sancione «los actos contrarios al cargo» y otro diferente para sancionar aquellos actos que no implican la aplicación desviada de la nor-

mativa de Derecho Público («acto del cargo»). A su lado, como tipo penal autónomo debe situarse el cohecho no corruptor (por eso se llama impropio) o también llamado en el derecho comparado «aceptación indebida de retribuciones». Los quehaceres delictivos cometidos con ocasión de cohecho pueden entrar en juego mediante la remisión de normas que disciplina el concurso real de delitos. Pero esta no es la única reforma que debe afrontar nuestra actual regulación.

9.g. La diferencia entre el cohecho y la concusión

El comportamiento típico que más polémica ha suscitado es la solicitud del funcionario (declaración recepticia dirigida al particular proponiéndole un pago por la gestión de una prestación pública), por cuanto se ha criticado la simetría de penas entre el funcionario y el particular que se limita a aceptar su oferta.

Aunque actualmente ha perdido fuerza, fue una constante en la doctrina penal española el argumento que funcionario y particular no debían estar equiparados punitivamente. En su opinión, siendo más rechazable la conducta del funcionario que solicita sobornos debiera tener mayor pena que la del particular que simplemente los acepta, no faltando las ocasiones —argumentaban— en las que un particular es una víctima de los designios del funcionario. El Código Penal de 1995 haciéndose eco de esta queja doctrinal ha optado por rebajar la pena en un grado para el particular que acepta las promesas del funcionario (art. 423.2 del CP)

En mi opinión, el problema siempre ha estado mal planteado, y obedecía a la confusión en el Derecho español entre lo que es un cohecho y lo que en algunos países de nuestro entorno se denomina concusión (extorsión)⁴⁵. Las consecuencias prácticas son innegables. Si se califica una conducta como cohecho —ambos son culpables—, por el contrario si se califica como concusión solo responde el funcionario permaneciendo el particular impune. La concusión está expresamente recogida en otros ordenamientos penales (así el francés, italiano y alemán) y puede ser concebida de dos formas: una más amplia y objetiva en cuya base estaría la obtención por

⁴⁵ Valeije Álvarez, I.: «Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)». *Revista General del Derecho*, núm.597. Valencia, junio 1994, pp. 6517 y 6542.

cualquier medio de una ventaja indebida –adoptado por el Código Penal francés–, y otra más restrictiva en que junto al dato objetivo de una ventaja indebida se requiere la concurrencia de otro elemento el abuso de cualidad del funcionario o de poderes a través de la constricción o coartación de la voluntad del particular –así en el Código Penal italiano–.

El debate en Italia va por ampliar el delito a los supuestos en que el funcionario se aprovecha del error del particular para obtener lo indebido. Modalidad que allí se ha denominado «concusión ambiental». Se trata de reprimir situaciones en las que el particular se sitúa en un estado de sugestión propio de la intimidación ambiental provocada por la corrupción sistemática.

Algunos autores han criticado esta construcción ya que la distinción entre cohecho y concusión no está fundada en la conducta cuanto sobre un estado de coartación de la voluntad del particular. Esto es, en un elemento psicológico de difícil determinación jurídica. Así para estos autores, como Sgubbi, la «concusión ambiental» está fundada en decisiones procedentes de premisas metajurídicas, habitualmente de naturaleza sociológica: «cada uno de nosotros conoce los códigos en los que se mueven, la inmoralidad es sistémica; de ello se desprende que el funcionario público en este contexto ambiental no tiene necesidad de ser explícito, la amenaza se realiza con palabras neutras».

En Derecho penal español no contamos con una figura paralela. Y aunque hemos pasado por campañas y episodios de corrupción, no se ha llegado hablar ni de corrupción sistémica ni de concusión ambiental. Es cierto que en el Código Penal anterior teníamos una figura penal denominada la exacciones ilegales (art. 402 del C. P. de 1944) pero que dada su obsoleta redacción no podía aplicarse a los refinados métodos de concusión en la actualidad, so pena de quebrantar el principio de legalidad, incurriendo en una interpretación extensiva, ya que la descripción típica se ceñía a los funcionarios que exigieren mayores derechos a los que tenían señalados por razón del cargo, por lo que existía una jurisprudencia escasa que tendía a ceñirlo aquellos sujetos que cobrarán por aranceles. El legislador del Código penal de 1995 no sólo consideró innecesario introducir una figura semejante en el nuevo Código y si acaso trató de buscar un resultado análogo introduciendo una cláusula de levantamiento de la pena- aunque con otros fines político criminales más discutibles- favoreciendo la exen-

ción de pena del particular que habiendo aceptado ocasionalmente la propuesta del funcionario denuncia sus maniobras ante la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes del correspondiente procedimiento y siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha (art. 427 del CP). De modo que el viejo problema entre concusión y cohecho es resuelto en términos procesales y no sustanciales. En consecuencia, la pregunta que queda en el aire es si debe tipificarse también la concusión como un eurodelito, o seguir optando por una causa de levantamiento de la pena.

9.h. La retribución por persona intermedia

El Código penal español no castiga la aceptación de promesa por persona intermedia sino la recepción de la retribución. Esto es la aceptación mediante tercero no es típica a los efectos del art. 419. Y no debe serlo.

La nueva redacción del CP hace referencia a que las modalidades de recepción de la dádiva (arts. 419, 420 e implícitamente en el art. 421 del CP) a que «el funcionario reciba por si o por persona intermedia». En mi opinión, en el contexto que se inscribe la persona intermedia hace referencia a una modalidad de cohecho antiguamente denominada *cohecho transversal*, calificando de este modo una forma de renumeración que era destinada a los familiares o parientes próximos. En un entendimiento más acorde con las modalidades de corrupción actuales, el termino típico «persona intermedia» hace referencia al sujeto intermediario en el interés o beneficio; esto es, a la persona física o jurídica a la que le ingresan en su patrimonio directamente la dádiva. Este último entendimiento es el que mejor respecta la estructura de los tipos penales de cohecho, ya que quien actúa en calidad de intermediario entre el particular y el sobornado para hacer llegar a éste la dádiva es directa y personalmente el agente corruptor y, por lo tanto, un directo protagonista del delito de cohecho activo, por lo que su responsabilidad como participe a título de cooperador necesario habrá de resolverse por lo dispuesto en el art. 423 del C.P.

Retribución por persona intermedia existe en todos aquellos casos en que la renumeración se entregue a familiares o en aquellas situaciones que utilizando un tercer intermediario (frecuentemente canales bancarios o parabancarios, empresas reales o ficticias, sociedades offshore) que ostente la titularidad jurídica, el aprovechamiento fáctico corresponde a funciona-

rio o a un tercero que éste designe. En consecuencia, la introducción del término «persona intermedia» como elemento típico de las modalidades que describen el cohecho pasivo obedece a la necesidad de eliminar las dudas acerca de la punibilidad del cohecho cuando usa el subterfugio de servirse de un familiar, un testaferro, una persona jurídica que posibilitan el trasvase de fondos ilícitos sin levantar sospechas, practica cada vez más extendida a través de complejas operaciones financieras realizadas en paraísos fiscales que permiten ocultar la identidad del funcionario o grupo que se beneficie de la conducta delictiva. Hay que añadir que el intermediario suele responder por la figura de cooperador necesario (vid. art. 65.3 del CP atenuación de la pena del extraneus que participa en un delito especial)⁴⁶.

9.i. La naturaleza de la retribución

Los problemas básicos que presentan los términos arcaicos en los que se expresa el Código (dádiva, presente u ofrecimiento) y que no han sido corregidos por el legislador es determinar su aptitud para funcionar como contraprestación del acto del cargo. En orden a determinar su *aptitud objetiva* para servir como retribución diferenciaremos entre su naturaleza cualitativa (*la forma que ha de asumir el soborno*) y a su *aptitud cuantitativa* (*esto es, a la cantidad o valor mínimo a partir de la cual la dádiva o presente otorgado o prometido puede revestir carácter de delito*).

En orden a la naturaleza de la «dádiva» se han mantenido dos posturas diferenciadas. La que es partidaria de la naturaleza patrimonial del soborno, defiende que sin bienes económicamente evaluables no puede haber delito de cohecho ya sean inmediatamente traducibles a dinero, ya sean de forma indirecta susceptibles de convertirse en valor pecuniario. Frente a esta posición y amparándose en la posibilidad de que el bien jurídico puede ser atacado tanto si la dádiva reviste naturaleza patrimonial como si no, se muestran decididamente a favor de incluir en los conceptos «dádiva, pre-

⁴⁶ Sobre la responsabilidad penal por defraudación fiscal en supuestos de ganancias ilícitas vid. Conde Pumpido Tourón, C.: «Una cuestión problemática en el delito fiscal: ¿Responsabilidad penal por defraudación fiscal en el supuesto de ganancias ilícitas», en Derecho Económico. Cuadernos del Consejo del Poder Judicial, num. II, 2003, pp. 239 y 270.

sente y ofrecimiento» prestaciones de cualquier índole que sea siempre que agraden al funcionario o autoridad y, por consiguiente, son contraprestaciones tanto las que tienen naturaleza material como sino.

En mi opinión, es la primera posición la que tiene más méritos para mantenerse. Por varias razones, desde una óptica teleológica-valorativa: el que la dádiva careciera de valor económico no justificaría en el cohecho un aumento de la gravedad del valor del injusto respecto a otros delitos de funcionarios contemplados en el Título XIX. Si el funcionario pone su cargo a disposición del particular en atención a una recompensa que carece de valor pecuniario no por ello realiza una conducta suficientemente desvaliosa como para elevar a rango de delito el acto injusto que persigue cometer o la obligación de la que se pretende abstener (arts. 420. 1 y 421 del CP). Parecido análisis puede hacerse desde la óptica del cohecho activo (art. 423 del CP). El comportamiento del particular que ofrece una recompensa carente de valor pecuniario tampoco parece que contenga un desvalor adicional con respecto a otras modalidades que puede integrar el propio acto de inducción, desde el momento en que en nuestro derecho positivo es indiferente el medio a través del cual se canaliza el influjo psíquico del que se vale el inductor para ejecutar el hecho delictivo.

Sin embargo, hay algunos supuestos problemáticos. El que más tinta ha derramado, sin estar pareja su importancia es el caso del ofrecimiento de la prestación sexual que en mi opinión debe ser reconducida al ámbito del tráfico de influencias ya que puede considerarse como un medio de prevalimiento de «relación personal» para incidir en el proceso de toma de decisión de un funcionario público para que adopte una resolución que lleve incorporado un beneficio económico (actos discrecionales no constitutivos del delito de prevaricación). Soy partidaria de adoptar la misma solución en los supuestos de promesas de ascensos laborales o amenazas de excluir al funcionario de las listas electorales. Siempre y cuando estas conductas no encajen en los supuestos de un delito de nombramientos ilegales o incluso de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos del art. 439 (obligar al particular que a cambio de un informe favorable lo nombre miembro del Consejo de Administración de la empresa que dirige).

Estrechamente emparentado con los anteriores comentarios es el relativo a la *naturaleza cuantitativa de la dádiva*. El Código Penal no alude a

ninguna cuantía por lo que es indiferente cual sea el valor mínimo para estimar satisfecho el tipo legal. Ahora bien no se debe olvidar que es la contraprestación lo que mueve al funcionario a transigir con el cargo con lo que deben ser indicativas del ánimo de lucro que mueve su actuación. De ahí que se hayan manejados criterios como la proporcionalidad entre la dádiva y la importancia del acto, o la cuantía de la dádiva en relación a la mayor o menor importancia del puesto desempeñado por el funcionario en la estructura burocrática del Estado, etc. Algunos de estos criterios pueden suponer en la práctica una quiebra del principio de igualdad de la pena porque hacen depender la cuantía de la dádiva –y en consecuencia la idoneidad de la misma– de la jerarquía que el destinatario ocupe en la escala administrativa (por ejemplo ¿es cohecho pasivo impropio del art. 426 del CP el hecho de que algunos miembros de la Comisión de Valores aceptarán unas maletas de piel de la marca Vuitton? ¿O sencillamente se trata de regalos que debido a la importancia del cargo desempeñado por el destinatario pueden entenderse como regalos adecuados socialmente?).

Es cierto que en relación a bienes jurídicos institucionales y necesariamente asumidos en una dimensión abstracta, como es la imparcialidad en el ejercicio de la función, que es el que en mi opinión subyace en la regulación del cohecho, el principio de ofensividad como criterio hermenéutico de delimitación no produce ventajas considerables. Las conductas conformes al tipo – entregas de cuantías mínimas– son todas abstractamente peligrosas y, por lo tanto, ofensivas en base al coeficiente de la ofensividad típica de la estructura de los delitos de peligro. Dicho en otros términos, aquí la naturaleza del bien jurídico en cuestión no permite una segura definición de la conducta en términos de peligrosidad, sino que reclama necesariamente un juicio de peligrosidad hipotética o abstracta. El principio de ofensividad no tiene eficacia operativa queda como una definición incapaz de expresar y operar una efectiva elección de política- criminal.

La perspectiva más fecunda es la propugnada por algunos autores de acudir al principio de insignificancia o exigüidad para expulsar del ámbito típico comportamientos venales o de dudoso significado. Es cierto que este principio está pensado para los delitos de bagatela, pero actualmente se propugna su empleo en tipos penales caracterizados por un amplio margen de variabilidad hasta niveles de ofensividad verdaderamente marginales (tipicidad y ofensividad pero de baja incisividad en la ofensa). En

Italia se ha propugnado la codificación general de una cláusula de exigüidad o de irrelevancia del hecho (al estilo de la *Absehen von Strafe* del § 60 del StGB)⁴⁷.

Igualmente, se ha planteado si su eventual colocación debe ser en relación a delitos concretos o si debe figurar en la Parte general aplicable a todos los tipos de la Parte especial. A este intento se ha objetado que la codificación de una cláusula general obligaría al legislador a una reestructuración de todos los delitos de la Parte Especial en que el bien jurídico viene caracterizado por una notable abstracción, como por ejemplo, en los delitos contra la Administración Pública.

Una pauta de interpretación adicional sobre el valor de la dádiva la puede proporcionar la mención que hace el Código Penal de 1995 al exigir que «*las dádivas presentes u ofrecimientos redunden en provecho del funcionario autoridad o un tercero*». Es dudoso que se trate de un elemento subjetivo del injusto que haga hincapié en el ánimo de lucro que debe mover la conducta del funcionario, ya que la obtención del beneficio económico es indiferente para la consumación del delito. Con la modificación operada por el nuevo Código Penal se está indicando que el disfrute de la dádiva, sin perder su función retributiva puede ser destinada al patrimonio de un tercero. En todo caso, en mi opinión la finalidad perseguida por el legislador es doble: por un lado perseguir toda transacción con el cargo aunque cuando el funcionario no sea el destinatario principal del beneficio económico y, por la otra, eliminar dudas sobre la punibilidad del funcionario cuando las dádivas solicitadas o recibidas son destinadas a un tercero ya se trate de personas físicas o jurídicas. Fundamentalmente, fundaciones o un partido político. Sin perjuicio de las responsabilidades penales que pueden incurrir por su participación en un delito de cohecho los administradores de estas entidades podrán ser responsables de un delito de blanqueo de capitales del art. 301 del CP por adquirir bienes que tienen su origen en un delito si puede acreditarse que conocían la procedencia ilícita del dinero.

⁴⁷ Vid. Manes Vittorio: *Bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública*, en *Cuadernos de Política Criminal*, año 2000, número 70, pp. 125 y ss.

9.j. Finalidad de la dádiva: el acto en ejercicio del cargo

Todavía dentro de la conducta típica hay que resaltar que las acciones previstas en los arts. 419, 420, 421, 425.1 se caracterizan por que la solicitud, recepción o aceptación de la dádiva este conectada con el ofrecimiento de ejecutar un acto del ejercicio del cargo graduándose la gravedad y consiguiente penalidad conminada en cada hipótesis según que la naturaleza del comportamiento funcional en cuestión fuese delictiva, injusta o omisiva o simplemente relativa a un acto del cargo. Quiero hacer notar dos excepciones: la prevista en el art. 425 1 y 2 relativa al castigo de la admisión de recompensa por acto realizado y la prevista en el art. 426 en que la admisión de dádiva o regalo lo es por «conseguir un acto no prohibido legalmente». En este último precepto no se especifica que lo sea en el ejercicio del cargo. Significando esta omisión, en mi opinión, que en esta modalidad tienen cabida también aquellos actos o comportamientos que el funcionario puede acceder fácilmente debido a su relación de servicio, pero no son propios o inherentes a su acervo competencial⁴⁸.

En consecuencia, característica general de todas las modalidades de cohecho pasivo propio (excepto en la modalidad del cohecho pasivo subiguiente) es que la gratificación se presente como contrapartida de un acto realizado en el ejercicio del cargo. Acto en el ejercicio del cargo: debe tender a una actividad en el ejercicio de su competencia instrumentalizando las situaciones jurídicas de la que es titular. Si el funcionario carece de competencia y no obstante solicita una renumeración puede tratarse de una estafa o un delito de usurpación de funciones o tráfico de influencias.

La referencia al cargo constituye un elemento normativo que es preciso determinar, y no es tarea fácil dada la complejidad que caracteriza a la organización administrativa. Para individualizar la competencia (existencia, extensión, ente órgano y el fin) del funcionario hay que atender no sólo a la disciplina jurídica que regula la actividad de que se trate, sino a los principios generales que rigen en materia de organización administrativa, las específicas disposiciones estatutarias y general sirven como pauta de

⁴⁸ En sentido similar vid. Olaizola Nogales, Inés: *El delito de cohecho*. Valencia 1999, pp. 272-274. En contra, Castro Moreno Abraham: «La nueva modalidad de cohecho por actos propios del cargo del art. 425.1 del Código penal: problemas de distinción con otras figuras», en *Actualidad penal*, número 2. Semana de 7 al 13 de enero de 2002, p. 34.

orientación los arts. 13 a 20 de la Ley 30/1992 donde se recogen de un modo general los modos y límites de ejercer la competencia. Son muchos los pronunciamientos jurisprudenciales que consideran competente en el sentido requerido por el Título XIX al funcionario que sin tener atribuidas las competencias o facultades para adoptar el acto su realización resulta facilitada por su pertenencia al servicio u organismo específicamente competente para llevarlo a cabo. Este es el sentir de la jurisprudencia. Sin embargo, para determinar el requisito típico de la competencia del funcionario, es precisa una detenida reflexión sobre la existencia, extensión y el contenido de la competencia (distinguiendo entre Reglamentos, actividades técnicas, contratos, ejercicio de coacción, actos administrativos estrictu- sensu y actos declarativos).

Problemática especial, lo planteaban las actividades legislativas, las decisiones políticas y las actividades técnicas o materiales por cuanto son infiscalizables por la jurisdicción contenciosa administrativa y en el caso de la actividad legiferante, como es sabido, solo queda sometida aun control de constitucionalidad.

Tras el magnífico estudio de Vázquez Portomeñe sobre la agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7 del CP) en la que aparece definida como «abuso de contenidos de la relación de servicios del funcionario público» creo que dicha agravante es un límite que influye en la determinación de la competencia. Así cuando lo que el funcionario hace es utilizar situaciones subjetivas diversas a su acervo competencial y pertenecientes a las relaciones orgánicas o de servicios para fines particulares no podemos hablar de competencia sino de prevalimiento. Esto es, de utilización de cualquiera de las situaciones jurídicas funcionariales relativas a la relación de servicios, en tanto que permiten a un sujeto investido de tal condición ejecutar con mayor facilidad y mayores posibilidades de éxito la conducta delictiva⁴⁹.

El art. 419 del CP establece que la dádiva aceptada o prometida tenga por finalidad realizar una acción u omisión que constituya delito. Debe hacerse una interpretación restrictiva del término ejercicio del cargo. En consecuencia el art. 419 remite a todos aquellos comportamientos activos

⁴⁹ Vázquez-Portomeñe Seijas, F.: La circunstancia agravante de prevalimiento de carácter público (art. 22.7 del Código penal). Valencia 2001.

o pasivos que constituyan delito en el ejercicio del cargo. Ya se encuentren estos tipificados en el Código Penal, como por ejemplo, algunos de los recogidos en el Título XIX, en el Título XX o en sede de falsedades, prevaricaciones específicas (por ejemplo entre los delitos contra el medio ambiente, territorio o patrimonio histórico) e incluso es posible que estén tipificados en leyes penales especiales como es el caso de la Ley Orgánica General Electoral. Como ya ha quedado asentado anteriormente la circunstancia agravante de prevalimiento de carácter público (art. 22.7 del CP) viene a recortar el ámbito típico del art. 419.

El art. 429 del CP establece que el acto puede ser injusto: Es el caso más complejo. La valoración de este último elemento típico supone un reenvío a las normas de Derecho Público que regulan y disciplinan el desenvolvimiento de la actividad pública que se trate y en concreto al Derecho Administrativo que es la rama que debe tenerse preferentemente en cuenta. Deben considerar injustos los actos que supone una contradicción con la normativa administrativa, sin que llegue a ser una identificación con las causas que supone la anulabilidad del acto. Es el viejo problema que también se plantea en la prevaricación: diferenciar entre la ilegalidad penal y la simple ilegalidad administrativa. En mi opinión el acto es injusto por motivos atinentes al fondo o razones sustanciales, pero no por motivos atinentes a defectos de forma o competencia del agente, salvo que estos defectos sean la forma de encubrir la resolución injusta del funcionario público (por ejemplo omisión de notificación de un acto administrativo que es irregular por cuestiones de fondo).

El principal problema es diferenciar entre los diversos tipos de actividad administrativa, jurisdiccional o legislativa, ya que cada una de ellas se encuentre sometida con distinta intensidad al principio de legalidad. No obstante, como dice Rodríguez Puerta la calificación de injusta de una resolución o acto adoptado en el ejercicio de la actividad administrativa, judicial, o legislativa requiere la constatación de circunstancias diversas. En relación a la actividad política o legislativa el principio de legalidad proyecta unas consecuencias diversas. Las atribuciones de estos funcionarios son mucho más amplias y flexibles. Así los miembros del poder legislativo se encuentran únicamente delimitados por el respeto a la Constitución porque disfrutan de un poder de innovación casi pleno. Igualmente los funcionarios que desempeñan funciones parlamentarias u otras funciones representativas ya que las decisiones políticas escapan del control de la jurisdic-

ción ordinaria. Esta situación impide, según Rodríguez Puerta, calificar de injusta una resolución de contenido político motivada por criterios económicos y que esta clase de funcionarios públicos puedan cometer las modalidades agravadas de cohecho, razón por lo que defiende que sería deseable la tipificación expresa, como sucede en otras legislaciones citando como ejemplo el tipo de corrupción electoral previsto en el §. 108 del StGB cohecho cometido por parlamentarios o miembros electos de la Administración)⁵⁰.

En la tercera modalidad de cohecho prevista en el art. 421 se persigue que el funcionario o autoridad se abstengan de ejecutar un acto en el ejercicio del cargo, que obviamente no sea constitutivo de delito. Por abstención habrá de entenderse la omisión de un deber específico inherente al cargo o servicio que el funcionario viene obligado a desarrollar con arreglo a las normas que disciplinan dicha actividad. Otra cosa, no se desprende de la expresión «que debiera practicar».

En el art. 425 del CP se crea un tipo básico de cohecho del que las restantes modalidades no son más que especies agravadas y, además como ya hemos adelantado, en el mismo artículo se introduce por primera vez la modalidad de cohecho pasivo subsiguiente. En este caso la gratificación solicitada, recibida o prometida es por un acto del cargo. En mi opinión, y sin perjuicio que más adelante vuelva a retomar el tema, el art. 425.1 del CP constituye un tipo básico o recogida en el que se castigan la prestación de actos que no contradicen formalmente la legalidad administrativa, esto es actos que con arreglo a parámetros objetivos no se pueden tachar de injustos, ni tampoco delictivos. En mi opinión, persigue sancionar entre otras situaciones en las que la gratificación persigue un acto de naturaleza discrecional, —y no entrañan una manifiesta desviación de poder que reconducirían la resolución al delito de prevaricación— (por ejemplo, decidir si se patrocina un determinado producto, el sentido del voto.etc.). o bien actos técnicos (informes, dictámenes que no constituyen en si mismo falsificaciones) o actividades materiales (por ejemplo aprobar un examen en una convocatoria oficial). Es decir se trata de comportamientos que si bien no conculcan formalmente el principio de legalidad, el funcionario al hacerlos a cambio de una dádiva lesiona el principio de imparcialidad y

⁵⁰ Vid. Rodríguez Puerta, María José: *El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*. Pamplona 1999, pp. 70 y ss.

objetividad en el ejercicio de la función pública Si el acto es discrecional se entiende siempre infringido aquellos principios si el mismo esta influido por la entrega promesa o expectativa de un beneficio económicos. En mi opinión, lo que hace que el acto sea contrario al cargo es la sustantividad del acto no la motivación económica que presidió la ejecución del mismo. Esta propuesta contradice las propuestas oficiales que consideran que es la motivación económica lo que califica el acto como contrario al cargo (de ahí que insistan que el acto discrecional es contrario a los deberes oficiales si precede una renumeración). Tal vez este entendimiento sea coherente con los fines políticos criminales que se persiguen: que la mayor parte de los actos del cargo pasen a engrosar la categoría de tipos agravados de cohecho pasivo propio (porque una parte importante de la actividad del funcionario es discrecional) pero, en mi opinión, resultan equiparadas punitivamente conductas de muy diversa entidad, se olvida la vinculación del acto con la normativa extrapenal (que en nuestro ordenamiento constituye una remisión obligada para integrar el contenido de los elementos normativos de los tipos penales) y en el fondo late una concepción del delito de cohecho como una traición del funcionario a los intereses generales.

Por último, la modalidad de cohecho pasivo impropio recogida en el art. 425 castiga la aceptación de dádivas o regalos por consideración a su función o para la consecución de un acto del cargo no prohibido legalmente. En el primer caso los regalos o las dádivas son entregadas en atención al puesto que dentro de la organización administrativa ocupa la autoridad o funcionario y por tanto con vistas al conjunto de competencias o facultades que de ese puesto se derivan, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiera dirigido a él ni ofertado su regalo. Como he adelantado en páginas anteriores el art. 426 –auténtico cohecho pasivo impropio– queda limitado a sancionar supuestos en que el funcionario acepta regalos o gratificaciones por el cargo que ocupa o por la actividad que ejerce normalmente –o aun cuando no entren en su competencia específica–. Se trata de comportamientos normalmente de carácter material o manual que no están disciplinados por normas administrativas y que en consecuencia el que el funcionario al decidir realizarlas para favorecer a un ciudadano en particular no entraña ninguna conculcación de las normas que disciplinan el desarrollo de la actividad administrativa (por ejemplo, dar una información que no es confidencial, aceptar una solicitud fuera de plazo, acelerar un expediente, etc.).

10. EL COHECHO ACTIVO

Regulado en el art. 423 se castiga el que con presentes, promesas u ofrecimientos o corrompa o intente corromper al funcionario o autoridad. En el párrafo segundo no se castiga la aceptación de solicitudes del funcionario o autoridad señalando la pena inferior en grado a la prevista para los funcionarios. En mi opinión, el cohecho activo es el reverso del pasivo propio contemplado en los arts. 419, 420, 421 y 425, no así del cohecho impropio contemplado en el art. 426, por cuanto no se tipifica como activo el ofrecimiento de regalos al particular. Además cabría añadir que solo los tipos de cohecho pasivo propio entrañan una venta de la función pública y, en consecuencia, la obtención (o la expectativa) por parte del particular de un beneficio indebido a costa del ejercicio de la función pública. Otras razones, como intervención mínima y la confusa frontera entre cohecho y concusión aconsejan que el particular no responda penalmente por la modalidad de cohecho pasivo impropio prevista en el art. 426 del CP.

De acuerdo con el art. 423 las penas por corrupción activa se reducirán en los casos de sollicitación de funcionarios públicos. Se aplica la pena inferior en un grado a la prevista. En tales casos el art. 71.1 del CP indica que el máximo es la pena mínima anterior menos un día; la pena mínima es la mitad de la pena mínima anterior. Consecuentemente, para el art. 419 casos que impliquen sollicitación, el máximo será tres años menos un día, y el mínimo será un año. Para el art. 420, el máximo será un año menos un día – por lo tanto se plantean cuestiones respecto a la posibilidad de extradición – y el mínimo sería seis meses. Las multas de acuerdo con los arts. 421 y 425-426 también se reducirían en casos de sollicitación.

Esta reducción de la sanción no se basa en una menor culpabilidad del corruptor activo en casos de sollicitación sino en consideraciones de política y en particular el deseo de obtener la cooperación del corruptor activo con la investigación. Sin embargo, esta regla que aparentemente busca facilitar la cooperación y procesamiento del delito pasivo tiene poco sentido cuando, como en el caso de la corrupción de agente público extranjero, el delito pasivo (por el agente público extranjero) no está sancionada por el derecho español. La regla también provoca preocupaciones respecto a la prueba porque, a diferencia del ámbito nacional, el agente público raramente estará disponible para refutar las acusaciones de sollicitación.

LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS EN EL PROCESO PENAL: LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN Y LAS REGLAS DE EXCEPCIÓN. ¿INNOVACIÓN DOGMÁTICO PROCESAL A PROPÓSITO DE LOS PROCESOS ANTICORRUPCIÓN Y CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

MIGUEL PÉREZ ARROYO

Universidad de San Martín de Porres, Perú

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, a partir del año 2001, y luego de la escandalosa aparición de un video grabado en el ex – SIN (en la que se pudo observar a un Congresista recibiendo una cantidad considerable de dinero de manos del Jefe de Facto de Vladimiro Montesinos incoándose un conjunto enorme de procesos penales por temas de corrupción de funcionarios y contra la administración pública por tal motivo) y, de la promulgación y puesta en vigencia escalonada del Código Procesal Penal de 2004; se comenzó a discutir en los medios judiciales de la institución de la *«prueba prohibida»*. Esta institución procesal, como se sabe, alude indefectiblemente a un supuesto de *«vulneración de los derechos fundamentales de la persona en la labor de la búsqueda de la verdad como fin del proceso penal»*, situación que no hace sino confirmar la tendencia eurocontinental y anglosajona respecto de la misma y que vienen datadas, inclusive, a partir de sendas jurisprudencias tanto americana como europea, y que a su vez, en cuanto a la introducción de estos conceptos al ámbito de la regulación nacional positiva¹ y

¹ En este sentido revisar el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español en cuanto a la regulación específica de este tema: « En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las prue-

aún sin plena vigencia en todo el territorio peruano, ha quedado plasmada en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, promulgado en julio 29 de 2004.

La determinación conceptual de «la prueba prohibida» y, si es lo mismo hablar de «prueba prohibida» o «prueba ilícita» o, «prueba ilegal» o cualquiera sea la forma de denominar a esta institución de orden procesal; son los aspectos de los que preliminarmente me voy a ocupar a fin de dar inicio a este breve artículo con vocación eminentemente informativa.

II. LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS: CONCEPTO, FINES POLÍTICO CRIMINALES E INCARDINACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL

a) La cuestión de la denominación y su terminología correcta

En el Perú no se ha trabajado, a excepción de los textos monumentales de César San Martín Castro² y Pablo Sánchez Velarde³, respecto de una definición concreta y sin lugar a dudas a que podría dar lugar el hecho de la vulneración de los derechos fundamentales relativos al proceso penal, en medio de una labor de investigación preliminar de orden policial y con la finalidad de obtener la mayor cantidad de fuentes de prueba e incorporarlas al proceso penal en razón de la realización de la pretensión punitiva estatal.

Bajo este esquema, no se ha hecho nada por llegar a concretizar una terminología uniforme de esta institución procesal, y tampoco se ha abordado el tema al que se avoca este artículo: «Las reglas de exclusión y las reglas de excepción».

bas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Reforma que operó en 1985 luego de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 114/ 1984 de 26 de noviembre; y que significó, como ya se ha dicho «un camino en el desierto» a la vez que –refiriéndose a la sentencia del TC español- «una obra de ingeniería constitucional» (Vid. FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las «pruebas ilegales» de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madrid: CEC, 2004, pp. 17 y ss.

² SAN MARTIN CASTRO, Cesar, Derecho Procesal Penal, volumen II, 2^{da} Edición, Grijley, Lima, 2003, pp. 867 y 894.

³ SANCHEZ VELARDE, Pablo, Manual de Derecho Procesal Penal, Idemsa, Lima, 2004, pp. 648 y 654.

En este sentido, es de traer a colación lo expuesto por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en cuanto a la terminología utilizada para calificar a este tipo de situaciones en el proceso penal, en cuanto a que no son uniformes, siendo las más utilizadas: «pruebas prohibidas», otros «ilegalmente obtenidas» cuando no «ilegítimamente obtenidas o admitidas» y algunos se refieren más bien a las «pruebas ilícitas»⁴.

Como ha anotado MIRANDA ESTRAMPES, el término de «pruebas prohibidas», fue acuñado a principios del presente siglo por BELING, en su conocida obra *Die beweiserbote als grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess* («Las prohibiciones probatorias como límite de la investigación de la verdad en el proceso Penal»). Anota también, el referido autor –siguiendo lo expuesto por GÓMEZ COLOMER⁵–, que aún así, en la propia doctrina alemana se han producido controversias en relación a este término puesto que dicho término procede de una incorrecta traducción del alemán pues la doctrina lo emplea siempre en plural y que se refieren siempre a prohibiciones de prueba, dado que existen varios supuestos y no uno sólo⁶. Así por ejemplo, la doctrina italiana prefiere utilizar la denominación de «prueba ilícita» y la norteamericana el de la «illegal evidence» con la consecuencia de «exclusionary rule» sobre la que se construye el efecto profiláctico de esta institución⁷.

Siendo ello así y a la razón expresada por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, pareciera que la denominación de «prueba prohibida» es la que más se ajusta a lo que se pretende indicar con ella que no es otra cosa que la de designar aquellos supuestos en donde la prueba es inadmisibile o inutilizable por lesionar, en su obtención, incorporación o práctica, los derechos fundamentales de los justiciables. Tal posición, sin embargo, trae

⁴ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Las escuchas ilegales y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal/ Iure, 1983, pp. 83 y ss. También hace eco de esta no unicidad de nomenclaturas, MIRANDA ESTRAMPES (Vid. MIRANDA ESTRAMPES, M. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 2004, 2da. ed. pp. 17 y ss).

⁵ Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan. *El Proceso Penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985, p. 133, nota 26 (Cfr. MIRANDA STRAMPES, M. *Ibidem*).

⁶ Cfr. MIRANDA STRAMPES, Manuel. *Ob. Cit.* p. 17.

⁷ Cfr. FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las «pruebas ilegales»: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1. de la LOPJ*. Madrid: CEC, 2003, pp. 13 y ss.

un problema de definiciones y conceptos puestos a colación de la siguiente manera:

1. Qué significa «prueba» en el Proceso Penal y si es lo mismo hablar de ella, como también de las «fuentes de prueba» y de «los medios de prueba». Ciertamente, ello implica introducirnos, aunque de modo superficial –por la lógica misma de este trabajo– a lo que significan cada uno de estos conceptos:
 - 1.a. Prueba, en su carácter subjetivo, alude al resultado de la actividad probatoria y que es la única capaz de formar convicción en la mente del Juzgador⁸. De tal forma que lo que vaya a juicio oral (en la perspectiva del nuevo Código Procesal Penal), una vez superada la fase intermedia de *control, revisión y valoración de los resultados de la instrucción*, será prueba tanto por el resultado de dicha actividad como por el hecho de ser sometida a los principios de oralidad, inmediación y contradicción. El punto aquí, entonces, en lo que respecta al tema que nos ocupamos, una vez superado el control previo que impone la fase intermedia, sólo podrá fundarse en su inutilidad conviccional.
 - 1.b. Los medios de prueba, aluden al conjunto de actividades que se producen a los efectos de introducir los elementos de prueba al proceso, siendo determinantes para que el juzgador logre la verificación de la verdad o falsedad de las imputaciones vertidas en el proceso y que conforman el *thema probandum*; esto es, la ocurrencia en sí del hecho imputado como también la responsabilidad penal del sujeto imputado. Dichas actividades probatorias en orden al medio que utilizan (medios de prueba), pueden ser cuestionados en su legitimidad, en función a las prohibiciones probatorias, en tanto hayan lesionado derechos fundamentales⁹.
 - 1.c. Las fuentes de prueba, aluden al conjunto de elementos que existen en la realidad y que contienen información relevante para un proceso. Es decir existen en ajenidad a la lógica misma del proceso¹⁰, debiéndose incorporar al mismo, mediante un acto de investigación y/o de prueba –medio de probatorio–

⁸ Vid. SANCHEZ VELARDE, Pablo, Ob. Cit. Idemsa, Lima, 2004, p. 642.

⁹ Algunos ejemplos pueden verse en, GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; y, CORTES DOMINGUEZ, Valentín, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, pp. 370 y 371.

¹⁰ Vid. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, Ob. Cit. p. 812.

con la finalidad de aportar certeza o falsedad a los hechos imputados al justiciable así como respecto de su responsabilidad penal. Los defectos de validez, por tanto, en este nivel apuntan siempre a la lógica de búsqueda y obtención de fuentes de prueba.

2. Esta diferenciación unánimemente aceptada por la doctrina confiere un matiz diferente a la mera consideración conceptual de la «prueba prohibida» y es que cabe preguntarse ¿si en realidad existe dicha prueba prohibida?, ¿No será más bien que la prohibición, expresada así por el hecho de la lesión a los derechos fundamentales que importa en sí la búsqueda de la verdad en el Proceso Penal, importa una sanción de nulidad a dicha actividad de búsqueda de la verdad, y que dicha sanción no necesariamente está vinculada a la prueba como tal sino que a toda la actividad probatoria? Creemos que sí. Esto es, las sanciones de nulidad de las actuaciones procesales –así conocida por la doctrina procesal eurocontinental– por infracción a los derechos fundamentales están vinculadas no únicamente a los resultados de la actividad probatoria sino que abarcan a toda la actividad probatoria; de ahí que autores como FIDALGO GALLARDO han sugerido la denominación de «*Consecuencias procesales de la actividad probatoria irregular*»¹¹, siendo que dicha denominación abarcaría lo siguiente:
 - 2.1. Los actos preprocesales y extraprocesales por los que se obtienen fuentes de información –personas o cosas– presumiblemente relevantes para un proceso judicial (obtención de fuentes de prueba).
 - 2.2. Los actos procesales de incorporación de las fuentes al proceso (aportación de fuentes y proposición de medios de prueba).
 - 2.3. Los actos procesales por lo que se extrae y se pone ante el Juzgador la información contenida en las fuentes (práctica de medios de prueba); y,
 - 2.4. El proceso de valoración de esa información por el Juzgador a efectos de comprobar la verdad de las afirmaciones de hecho controvertidas (valoración del resultado de la actividad probatoria)¹².

¹¹ Vid. FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Ob. Cit.* p. 11.

¹² Vid. FIDALGO GALLARDO, M. *Ob. Cit.* p. 12.

En esta medida, aún cuando no coincidamos con el citado autor en lo referente a esta denominación –puesto que un acto irregular puede apuntar a cualquier defecto de forma (en lo procesal incluso la ausencia del Juez o del Ministerio Público al momento de practicarse un específico medio de prueba) no siendo en este caso –aun por irregular que fuere- un acto procesal nulo –sino en todo caso anulable por tanto convalidable y sin posibilidad de expandirse en sus efectos por la lógica del «acto reflejo»-; sí coincidimos en la expansión del criterio conceptual de prohibición a toda la actividad probatoria, por tanto estaríamos ante unas «prohibiciones probatorias», denominación que ahora la encontramos más adaptada a lo que se pretende señalar y al ámbito de aplicación de la misma¹³.

b) La cuestión del concepto y sus alcances dogmáticos y de función político criminal

Si como se ha visto, la denominación a nuestro entender correcta es la de «las prohibiciones probatorias», lo que resta, en este apartado es definir qué entendemos por dicho concepto, a la vez que determinar los fines político criminales de la institución a que se contrae el núcleo de este trabajo.

- b.1. De un lado y en primer término el concepto de prohibiciones probatorias. Aún cuando ASENSIO MELLADO utiliza el término de «prueba prohibida» antes que de «prohibiciones probatorias», siendo este último, según nuestro parecer, el más acorde con lo que conceptualmente encierra, ello no es óbice para poder utilizar el contenido conceptual de una respecto de la otra, por cuanto al final apuntan a lo mismo. En este sentido, de una primera aproximación al concepto de pruebas prohibidas a partir de algunas consideraciones sistémico-jurídicas, tanto de orden Constitucional como de dogmática procesal penal, se desprenden que, «las prohibiciones probatorias», consideradas en sí mismas, implican una limitación tanto en los mecanismos de incorporación de las fuentes de prueba, los datos que puede ser susceptibles de investigación, los medios

¹³ En el año 1999, cuando terminé de elaborar lo que en su momento fue mi segunda opción a desarrollar la Tesis Doctoral en el seno de la Universidad española de Albacete y posteriormente en Madrid, la opción conceptual y terminológica que abracé aún cuando no difería en el fondo, aceptaba el de la clásica «prueba prohibida», conforme ya se ha expresado en mis trabajos a cuyo propósito fueron publicados entre 1999 y 2000 sobre la materia.

que pueden ser utilizados a los fines de obtener la convicción judicial requerida para la formación de la sentencia¹⁴, como en la valoración que sobre la actividad probatoria y de su resultado (la prueba), pueda o deba realizar el juzgador, limitándose ella una vez constatada la vulneración a los derechos fundamentales y descartándose en el acto mismo de valoración la aplicación de cualquiera de las excepciones previstas para la genérica regla de exclusión. No se trata no obstante de una restricción al principio de «libre valoración de la prueba» ya que, como es sabido, en un Estado de Derecho, una resolución condenatoria ha de surgir de una apreciación libre del Juzgador, de los medios de prueba incorporados al proceso penal, mas no de determinaciones legales tendentes a atar su convicción. Dichas pruebas, entonces, tendrán la consideración de tales en tanto se practiquen de conformidad con las garantías sancionadas por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, si consideramos que para que exista una motivación efectiva de las resoluciones judiciales se debe haber incorporado de manera suficiente las pruebas pertinentes, es decir, que haya existido una «actividad probatoria suficiente» a efectos de destruir la presunción de inocencia y no una «mínima actividad probatoria» –válida para pesquisar pero no para condenar–, entonces es factible afirmar que una prueba obtenida de modo ilícito e incorporada al proceso en tales términos no estaría definitivamente respetando dicha condición de la actividad probatoria a la vez que estaría vulnerando el derecho fundamental al debido proceso y a la presunción de inocencia¹⁵.

¹⁴ Cfr. ASENSIO MELLADO, José María. *Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida*. Madrid: Trivium, 1989, pp. 159 y ss. En la misma dirección: PÉREZ ARROYO, Miguel. «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho Procesal Penal y el Derecho Penal», en , *La Ley*, Madrid, 2000, XXI, Número 4988, pp. 1 y ss.

¹⁵ Vid. PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. Cit. p. 2 y ss. En este sentido la Jurisprudencia española ha sido contundente respecto de este tema, tan igual como la peruana: «... la presunción de inocencia (...), se asienta sobre dos ideas esenciales; de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal (...) (artículo 117.3 de la Constitución española), y de otro, que la Sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuarla...» (STCE 201/ 1989 de 30 de noviembre); Cfr. GÓMEZ DE LIANO, Fernando. *El Proceso Penal*. Oviedo: FGL, 1997, p. 26.

Ahora bien, los problemas que se suscitan luego, una vez hecha la aproximación al concepto y sus correlaciones interinstitucionales con la presunción de inocencia y la valoración de la prueba, son respecto a la llamada «regla de exclusión», de sus alcances, a la vez que de sus excepciones; abordaremos ello una vez realizada la aproximación a los fines de política criminal de la institución que estamos estudiando.

- b.2. De otro lado y en segundo término la cuestión de los fines de política criminal.

Para responder este apartado, imaginémonos el siguiente caso:

«Juan Palomo está siendo procesado penalmente por un delito sexual del artículo 173.3, y por intermedio de su abogado defensor, logra filtrar una micro grabadora de voz en la sala que corresponde a la casa de los padres de la menor agraviada. A todo esto, le imputan al procesado el hecho de haber mantenido relaciones sexuales con la menor las veces que los padres de la misma se marchaban de viaje los fines de semana. Logra, en ese sentido, escuchar, producto de la grabación de voz, decir al padre de la menor que ésta debe persistir en lo dicho en la investigación preliminar en sede policial puesto que aún cuando no es cierta la imputación, es la única forma de ‘salvar el honor de su hija’, a lo cual la menor asiente puesto que ya antes había tenido relaciones sexuales con otros muchachos de su edad, siendo conciente que la imputación vertida contra Juan Palomo es falsa. El abogado defensor de inmediato le hace llegar la grabación al Juez de la Instrucción y solicita se ponga en inmediata libertad a su defendido pues considera ‘probado’ que la imputación de la que es objeto su patrocinado carece de prueba y que a mayor abundamiento parte de una imputación falsa, por lo que le solicita al Juez que incluso corra traslado al Ministerio Público a fin que éste denuncie por un delito de falsa denuncia –artículo 402 del Código Penal– al padre de la menor –quien en su momento fue el que propició la incoación de las investigaciones preliminares en contra de su patrocinado–. El Juez en efecto corre traslado del pedido al Ministerio Público y éste, en uso de sus facultades no sólo se opone a la libertad incondicional del procesado sino que procede a formular denuncia penal al abogado defensor por un delito contra la intimidad de las personas conforme el artículo 154° del Código Penal, en consecuencia, le solicita al Juez de la Instrucción que se

inhiba de formar convicción sobre este hecho puesto que la prueba que ha obtenido el Abogado de la defensa proviene de una actividad aparentemente delictiva por lo que no se le puede prestar ninguna fiabilidad».

Aún cuando el caso propuesto resulte anecdótico no resulta ajeno a la realidad el hecho de este tipo de razonamientos puesto que la mera aplicación de principios y reglas de exclusión sin atender a los fines de política criminal podría, en lugar de ser beneficioso, ser absolutamente perjudicial a los fines a que tiende esta institución, veamos:

- 1) Primero, debemos deducir el sentido de lo que se entiende por «fines de política criminal», en función a determinar los fines (teleológicos) de una institución jurídica como lo es el de las «prohibiciones probatorias», su interacción con el ordenamiento jurídico global (principalmente de orden constitucional) y la razón de su existencia, más aún cuando incluso se ha regulado como se ha hecho en el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 (artículo VIII del Título Preliminar) y aún en la inexistencia de dicha regulación, el hecho de considerarlo presente en el actual ordenamiento procesal (entendiéndolo como un sistema único que interactúa dinámicamente y en una lógica funcional –un todo sistémico–). Así, esta institución existe e interactúa en el ordenamiento jurídico occidental (véase por ejemplo en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español), en razón de la necesidad de limitar la actuación del poder punitivo del Estado y adecuar dicha actuación al respeto de los derechos fundamentales del ser humano.

En este sentido, por fines de política criminal se entienden aquellos que se orientan a identificarse con el modelo de Estado en que se asienta un sistema de justicia criminal; esto es, partimos de la concepción que el delito (como conducta humana típicamente antijurídica y culpable –por tanto ya valorada en grado negativo–), y la criminalidad (como expresión cuantificable del delito –y otras infracciones menores– y que ponen en grave riesgo la existencia de la sociedad en su conjunto por contribuir al incremento también cuantificable de dos factores que inciden en la conducta social que son «el miedo al delito» y la «inseguridad ciudadana»), deben ser combatidas a partir de estrategias de control, prevención y eliminación –de ser posible–. Entonces, es política criminal todas las estrategias (por decisión política del Estado), que inciden sobre este aspecto de

la vida social de una comunidad (en este caso de la comunidad que la integra -la sociedad peruana-), tanto como lo son las estrategias políticas que tienen que ver con los problemas de salud -políticas de salud-, con los problemas de empleo -políticas de empleo-, etc. Y como todas esas estrategias políticas, la de orden criminal -la Política Criminal- se debe adecuar a un modelo de Estado que la cobije y con la que debe condecir en términos de funcionalidad y coherencia sistémica. El Estado peruano -al igual que todos los estados de tradición eurocontinental- obedece a un modelo de «Estado Democrático y Social de Derecho», conforme lo establece el artículo 43° de la Constitución, a la vez que del concepto de Estado Constitucional el cual impone la lógica separación de poderes; todo lo cual inyecta a cualquier modelo de estrategia política bases mínimas y máximas, relacionadas básicamente con el respeto de los Derechos fundamentales y las características propias de dicho modelo de Estado. En este sentido, conforme ya se ha reconocido unánimemente en la doctrina política y constitucional, una primera característica y que actúa como correctivo fundamental de ese modelo de Estado «Social y Democrático de Derecho» es el del *respecto irrestricto de la persona humana en su íntegro concepto y el de su dignidad* -calificándose a este derecho fundamental -de la «dignidad»- como el único Derecho Fundamental *absoluto*-. Es decir, la persona humana no es más objeto de regulación normativa sino sujeto y fin de la norma y ésta (la norma) existe en función de ella (de la persona) y no al revés¹⁶.

¹⁶ En los tiempos contemporáneos han sido dos los sistemas de método de trabajo teórico en Derecho Penal (y por añadidura de de Derecho Penal Procesal -en el sentido dogmático germano-), los que han incidido de modo fundamental en la reconfiguración de la nueva teoría del delito y de la pena, por un lado, y del sistema de enjuiciamiento criminal, por el otro: el funcionalismo normativista de Jakobs y el funcionalismo político criminal de Roxin. Se debe añadir y dejar en claro en este sentido que no hay un funcionalismo radical ni uno moderado sino simplemente -y con razón dada la naturaleza metodológica del funcionalismo- uno orientado a las normas como valor fundamental, y otro orientado a sus consecuencias político criminales y su relación con el sistema de Derechos, sobre la base del modelo constitucional en que se cobija. De ahí afirmaciones con la de Francisco Muñoz Conde en el sentido de estructurar un Derecho Penal orientado a sus consecuencias jurídicas (Cfr. PÉREZ ARROYO, Miguel. «La funcionalización del Derecho Penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la catedral desde un margen», en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 2002 Vol. LII (1999), pp. 497 y ss.

- 2) Segundo, visto así, cabe preguntarse cómo y porqué existe esta institución referida a las prohibiciones probatorias y cuál ha sido la finalidad y sentido de su aparición en la teoría del Derecho Procesal Penal, lo cual nos conduce ineludiblemente al Derecho Americano de orientación anglosajona en su estructuración básica y fundamental, partiendo de la base que una vez constatada la lesión de los derechos fundamentales de la persona en la búsqueda de la verdad en el Proceso Penal, se aplican las reglas de exclusión (*exclusionary rule*) que no son otra cosa que la separación de la fuente de prueba en términos jurídicos (apartamiento de la fuente), del medio de prueba, o la prohibición de valoración -en una suerte de «profilaxis procesal»-. En este sentido, los primeros desarrollos jurisprudenciales en Estados Unidos de esta institución datan desde inicios del siglo XX, no sin reconocer en su constitución los antecedentes directos con seno en la Colonia respecto de la Inglaterra del siglo XVIII y posteriormente en el siglo XIX y XX.

Como ya se ha dicho antes, aún cuando en Alemania se comenzó a hablar de este instituto Procesal Penal a partir de la obra de BELING en 1903 (*Die beweisverbote als grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess* (= «Las prohibiciones probatorias como límite de la investigación de la verdad en el proceso Penal»), esto es, mucho antes que se fundara en verdad lo que más tarde se conocería como la *exclusionary rule* (concretamente con la Sentencia *Weeks Vs. UE* de 1914), fue el Derecho Colonial Inglés en América quien sentó las primeras bases a partir del siglo XVIII. Concretamente las Sentencias *Wilkes vs. Wood* (1763) y *Entick Vs. Carrington* (1765), ambas dictadas unos años antes de la Independencia de las colonias británicas en América. Dichas sentencias son citadas como antecedentes directos de la Cuarta y Quinta Enmienda, lo cual hace evidente su importancia para entender el contexto de la regla de exclusión por cuanto en ellas se tratan de cuestiones que luego gravitarían sobre los debates de la Convención Constitucional que elaboró la Constitución federal y sobre los del Primer Congreso Federal del que surgió el *Bill of Rights*. En ambas, sin embargo, no se trataban de casos penales en donde el procesado pretendía eludir la condena penal sino más bien en temas de responsabilidad civil en los que las víctimas de registros irrazonables (se debe tener en cuenta que dichos «registros domiciliarios» eran utilizados por el Estado -La Corona- para doblegar al enemigo político de turno impidiéndose incluso una libertad de

prensa y de pensamiento político –acusado de un delito de libelo sedicioso «*seditionous libel*»). Dichas víctimas pedían ser indemnizadas por la invasión de sus legítimos intereses. Luego, ya entrado el siglo XIX, concretamente el año 1886, llegaría la Sentencia *Boyd Vs United States*, la misma que tratándose de un caso de incautación por parte de aduanas de mercancía importada ilegalmente por la Compañía Boyd & Sons, conducta que merecía tanto la multa, incautación y cárcel para el infractor y que salvó precisamente a los responsables de la Empresa dada la aplicación de la Cuarta y Quinta Enmienda de la *Bill Of Rights* (entrelazamiento bastante dudoso al decir de la crítica contemporánea), dejándose dicho con toda claridad que «la aportación de documentos de contenido autoincriminatorio» -dadas las especificaciones en este sentido por parte de la administración de aduanas respecto de la actividad importadora de la Empresa- eran ilegales. Esto llevó sin duda, tanto a la aparición de críticas que aún persisten en razón de la argumentación de que este tipo de razonamientos procuran la impunidad e incentivan la conducta criminal de quienes razonan en términos de costo y beneficio antes de cometer un delito; como también, y esto es fundamental, a la propia reacción del sistema judicial americano en una también memorable Sentencia la *Adams Vs. New York* (1904). Sentencia que reafirmó la vieja regla de admisibilidad de materiales probatorios independientemente del modo de su obtención. Esta Sentencia no es en sí misma un paso atrás a la aparición de la regla de exclusión, sino en todo caso una isla en la evolución de dicha de «exclusión». Como es de recordar, el caso *Boyd* no es considerado como trascendental en la fundamentación de la regla de exclusión en sentido genérico sino que se limitó, únicamente, al desarrollo de la Cuarta Enmienda y con especificidad a lo dicho respecto de los documentos de contenido autocriminatorio. En este sentido, la denominada Sentencia *Adams Vs. New York* (1904), expuso con claridad la regla clásica del *common law* según la cual cualquier material probatorio relacionado con el delito enjuiciado que se encontrase en posesión del Estado sería admisible en juicio, independientemente del modo en que hubiese sido obtenido. No fue sino hasta 1914 que se produjo de modo formal la primera Sentencia relativa a la regla de exclusión. En dicha Sentencia (*Weeks Vs. United States*), se estableció que «la Cuarta Enmienda exigía por sí sola la exclusión de las pruebas obtenidas con violación a los derechos individuales por ella reconocidos en los

procesos penales federales». Aquí, se trabajó la adecuación de una Condena surgida en Primera Instancia (District Court), en un proceso penal en que se enjuició un delito federal de utilización del servicio público de correos para el transporte de billetes de lotería. En el curso de la investigación policial se confiscaron correspondencia del acusado sin la preceptiva autorización judicial previa, la que fue posteriormente aportada al Juicio Oral como prueba de cargo; lo cual, Sentenció la Corte Suprema Federal, constituía una ilegalidad: «en caso se pretendiera aportarlos debían ser inadmitidos o, excluidos para preservar la integridad de los derechos constitucionales del acusado». De este modo la Corte introdujo una regla de exclusión como remedio para las violaciones de la Cuarta Enmienda, que imponía la inadmisión de materiales probatorios en los casos en que las pruebas obtenidas por tales medios pretendiesen ser aportadas a un proceso penal federal¹⁷.

Con esto, y conforme se anota en el desarrollo constitucional de esta teoría, la imposición de la «regla de exclusión» por parte de la Corte Federal Norteamericana supuso una de las más importantes manifestaciones de un trascendental proceso de redefinición del esquema constitucional de *separación de poderes* y de la estructura federal de gobierno que el constituyente americano sentó como base de la organización política y jurídica del Estado Federal, para la unión de las Colonias Inglesas asentadas en América del Norte. En este sentido, los jueces se arrogaron una posición de prevalencia respecto de los demás poderes del Estado (proceso que fue calificado por algunos como de usurpación judicial -judicial usurpation-) y que de modo trascendental inauguró la diferenciación entre «verdad material» y «verdad jurídica» o, en nuestros términos, de «verdad material» y «verdad reglada¹⁸». Todo lo cual apunta a una situación ya consumada en doctrina: si bien el proceso penal tiene como finalidad la verdad material, ella no puede ser alcanzada a cualquier costo. Ese límite es impuesto por las reglas que se fundan en la forma de Estado en que se asienta el modelo de justicia criminal en cuestión (que ya hemos visto cuál es), en términos de respeto a los derechos fundamentales de la persona y desde luego

¹⁷ Cfr. FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Ob. Cit.* pp. 87 y 108.

¹⁸ Cfr. FIDALGO GALLARDO, C. *Ob. Cit.* p. 13

a las garantías constitucionales a que están sometidos los actos y diligencias de investigación y la actuación de medios probatorios, cuya omisión o lesión se sanciona con la inutilización de las mismas. Esta verdad entonces es una verdad reglada, es una verdad –fin del proceso penal– sujeta a reglas.

Por tanto, en el ejemplo propuesto (de «Juan Palomo»), debemos concluir ineludiblemente en que la mera aplicación de las reglas de exclusión de una fuente de prueba o medio de prueba, producto de una vulneración de los derechos fundamentales, no puede colmarse con la mera constatación objetiva de los hechos sino más bien con una valoración de los mismos a partir de una serie de criterios:

a) El criterio de adecuación de los hechos a partir de los fines político criminales que la institución de las prohibiciones probatorias quieren imprimir en el Sistema de Enjuiciamiento Criminal. Esto es, tanto en América como en la Europa Continental, esta institución estuvo avocada desde sus orígenes a la limitación del poder punitivo estatal en la búsqueda de la verdad material –finalidad clásica del proceso penal–, con ello se ha pretendido de siempre y hasta la actualidad imprimir a la labor de investigación del delito por parte del Estado, niveles mínimos de racionalidad y proporcionalidad con fines a instaurar un enjuiciamiento criminal no sólo respetuoso de los Derechos Humanos sino también democrático, es decir, legítimo en sus bases y fundamentos por cuanto es el ser humano quien resulta limitado en sus derechos fundamentales; limitación que debe practicarse a la luz, justamente, de esa racionalidad y proporcionalidad y sin menoscabar, por cierto, el contenido esencial de los derechos fundamentales, doctrina que ha recogido nuestro Código Procesal Penal del año 2004 en su artículo VIII de su título preliminar.

b) El criterio de la comprobación del respeto al debido proceso y la presunción de inocencia, lo cual incluye el de la igualdad de armas en el Proceso Penal. La limitación de los poderes de investigación del Estado en el Proceso Penal, que actúa y ejerce su poder punitivo persecutor a través, principalmente, de sus cuerpos de seguridad (Policía), ha sido finalmente lo que pretendió desde sus inicios el instituto de las prohibiciones probatorias. Como se ha visto en el dato histórico que se nos presenta líneas arriba, la voluntad del Estado de sancionar el delito siempre se ha visto empañada por dosis de autoritarismo y subjetivismos político, pues el entronado en el poder de turno solía atacar a sus enemigos (lo hemos visto en cómo la Corona Inglesa procuraba el castigo a través de los «registros» domicilia-

rios instrumentalizados a partir de dicha voluntad de castigo y que por cierto se procuró su limitación a partir de la decisión primigenia de 1763 en el caso *Wilkes Vs. Wood*—*vid ut supra*). Por un lado, se tiene al Estado todo poderoso quien utiliza y despliega todo su poder en razón de la, a veces, mal utilizada legítima pretensión de sancionar el delito; y por el otro, se tiene al ciudadano, a la persona que se ve sometida a una investigación ya sea por acción de oficio, ya sea porque un particular le imputa una conducta sancionada con pena privativa de libertad, como en el caso propuesto. Es lógico que quien ejerce la pretensión del Estado, es decir los operadores de control que son tanto la Policía como el Ministerio Público (y en un sistema inquisitivo el propio Juez), tendrán no sólo el presupuesto necesario y suficiente para hacer prevalecer su imputación, sino que incluso, procurarán la desmejora de la posición del procesado, incorporando tanto fuentes de prueba o practicando medios de prueba sin el respeto a los derechos fundamentales, con el único fin de hacer viable la sanción del procesado; y lo que es peor, en algunos casos, provocando la propia escena criminal y recogiendo el dato probatorio a partir de esta actividad provocadora. En este sentido, hecha la evaluación del caso propuesto, no hay dos partes en desigualdad de condiciones; hay un particular que imputa un hecho punible con una grave consecuencia jurídica penal para el procesado y éste se defiende contra dicha imputación ejerciéndola con lo que cree pertinente, descubriendo la falsedad de dicha imputación.

c) El criterio de la inexistencia de antijuricidad por aplicación del principio de exclusión de responsabilidad penal por estado de necesidad y ejercicio legítimo de un derecho. Es sabido en doctrina penal y por filosofía del Derecho en su apartado de la «doctrina del conflictivismo», que el sacrificio o lesión de un bien jurídico, en tanto interés social privilegiado por la norma, no siempre arroja como resultado y consecuencia la sanción contra quien es autor de dicha lesión o sacrificio. En efecto, nuestro propio ordenamiento jurídico material lo ha reconocido en el artículo 20º del Código Penal, en sus incisos 4º y 8º, al haber previsto las actuaciones «bajo el influjo de una causa de justificación». Esto significa que el sujeto que actúa en defensa de un bien jurídico propio, como es la libertad por ejemplo (el mismo que está seriamente amenazado por la imputación y aparente prueba de dicha imputación producto de la versión inculpativa de quien realiza dicha imputación), lo hace privilegiando el bien jurídico de mayor valía objetiva en atención al modo de la afectación y la intensidad de la misma; esto es, en consonancia siempre con el principio de «razonabilidad» y «proporcionalidad» (cuyo desarrollo en este sentido es muy amplio

—y no alcanzaría el poco espacio con que se cuenta para un trabajo de esta índole— y que no sólo se aplica aquí, sino que perfectamente puede ser plausible de aplicarse en aquellas situaciones de lesión a derechos fundamentales en las que se pretenda «convalidar» una incorporación o práctica probatoria en atención a criterios de «interés preponderante o «balancing test»). A su vez, la apreciación justificadora del ejercicio legítimo de un derecho, en razón de la eficacia global que se desprende tanto del derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2º inciso 24 de la Constitución), así como del derecho de defensa irrestricta (conforme al artículo 139º inciso 14º de la Constitución), configura de modo claro el beneficio de la exclusión de la responsabilidad penal del sujeto infractor, así como también el hecho de privilegiar tales derechos fundamentales antes que el de la Intimidad. Por lo que el Juez, aplicando lo que podría llamarse perfectamente como teoría de las prohibiciones probatorias «al revés», tendría la posibilidad, sin problema alguno, de admitir a proceso la fuente de prueba propuesta por la parte procesal afectada por la imputación de naturaleza penal y cuyos bienes jurídicos corren el riesgo de limitación o restricción (la aplicación de una *pena privativa de la libertad* al procesado). Por tanto, *quedan fuera de este razonamiento de exclusión de responsabilidad y de privilegio de bienes jurídicos, y por tanto de inaplicación absoluta del principio de «exclusión» de datos probatorios por lesión a derechos fundamentales, aquellos supuestos en los que el sacrificio de bienes jurídicos no esté precedido, en términos de presupuesto material habilitador, por el juicio de razonabilidad y proporcionalidad, siendo que este juicio comprende verificar otras vías o formas de obtener la verdad que se pretende demostrar en el proceso. Si la hubiere y dicha lesión no ha operado de modo razonable y proporcional, ni mucho menos exista riesgo en la lesión insubsanable del bien jurídico que se pretenda salvar, entonces la lesión, el sacrificio del bien jurídico no es justificable, debiendo recaer en el infractor las consecuencias jurídicas propias para dicha infracción, así como la exclusión del dato probatorio aportado de modo ilegal.*

En el mismo sentido habilitador, también se encuadra lo dispuesto en el artículo 20º inciso 5º del Código Penal, aunque en este apartado, *el criterio antes que justificador es de exculpación*; esto es, se mantiene la antijuricidad pero se niega la responsabilidad penal (la misma que entendemos como una conjunción entre criterios de culpabilidad y de prevención). Criterio que también alcanza a los supuestos de excepción encuadrados en la «buena fe» o «good faith exception», conforme lo veremos a continuación. Lo que en términos prácticos sugiere la siguiente regla: el beneficio de la exculpación

de responsabilidad penal no sólo afecta al ámbito personal de la aplicación de la ley penal (por infracción del sujeto que realiza la acción relacionada con la lesión al derecho fundamental) sino también otorga validez en el dato probatorio que se desprende de la conducta del agente.

III. REGLAS DE EXCLUSIÓN ABSOLUTAS VS. REGLAS DE EXCEPCIÓN (O REGLAS DE EXCLUSIÓN CONDICIONADAS)

Definir lo que es la «regla de exclusión», implica preguntarse primero sobre cuál es la consecuencia de una lesión, directa o indirecta, a un derecho fundamental en la actividad investigadora del delito y el procesamiento penal del imputado. Y la respuesta es el de su «exclusión del proceso». Esta exclusión no es física sino jurídica y se materializa justamente con la inutilización ya sea de la fuente de prueba o del medio probatorio, lo cual también implica la prohibición (por inútil) de valoración de dichos datos probatorios al momento que el juez forma su convicción (convicción que de no mediar el llamado efecto «profiláctico» —por la propia «exclusión»— se inclinaría por la condena del procesado).

Esta regla de exclusión, como se ha visto, aparece en la práctica jurisprudencial antes que en Europa, en Estados Unidos de América y hunde sus raíces en las colonias inglesas en América del Norte, constituyendo incluso, en sus fundamentos racionales, el antecedente directo de la Cuarta y Quinta Enmienda de la Constitución Americana. Pero la imposición absoluta de esta regla de exclusión no ha sido igual a lo largo de toda su historia; lo cierto es que se ha debilitado, y en la actualidad, cada vez más, se buscan paliativos dogmáticos procesales que resguarden tanto la eficacia de la lucha contra la criminalidad como también el respeto de los derechos fundamentales, sobre la base de un criterio estricto de «razonabilidad» y «proporcionalidad». De ahí, se han creado «reglas de excepción a la exclusión» que establecen, por decirlo de alguna manera, situaciones de escape y convalidación de los datos probatorios obtenidos e incorporados al proceso mediando violación a derechos fundamentales; tales reglas de excepción son compatibles con una lógica que reconoce supremacía al valor «verdad material», y también se condicen con el denominado «restablecimiento de la norma penal violada por el delincuente», sin atender por cierto a que en mérito a tal objetivo se pierda o lesionen derechos fundamentales de quien es investigado o procesado penalmente.

En este sentido, al hilo de lo ya explicado, bajo el criterio evolutivo de esta Institución procesal se debe citar la evolución de la Jurisprudencia Norteamericana, la misma que ha reconocido hasta tres momentos importantes, y que se identifican a su vez, con monumentales Sentencias (jurídicamente hablando), en el marco de la exclusión de la valoración probatoria producto de la prohibición en la utilización de pruebas cuya incorporación o práctica al proceso ha lesionado, directa o indirectamente, derechos fundamentales: 1) La doctrina de la exclusionary rule, 2) La doctrina del balancing-test, y; 3) La doctrina del good-faith exception. En los tres momentos el marco dentro del cual cada una se desarrolló ha sido el de la doctrina de «los frutos del árbol envenado» (*«the fruit of the poisonous tree»*)¹⁹; doctrina que en España fue traducida a «la teoría del efecto reflejo», siendo su base común el de prohibir la utilización de todos los demás datos probatorios (aún cuando fueran lícitos), siempre y cuando se hayan desprendido de una fuente de prueba ilegal. Obviamente, a todo esto también acude una información teórica complementaria (que implicaría por ejemplo el de limitar estos efectos reflejos o condicionarlos al estatus de autónomas o no autónomas a dichos datos probatorios o de los datos conexos a ella por existencia de relación de causalidad); que no es ni el espacio ni la intención de este pequeño artículo detallar ni dar cuenta en este momento.

1. De 1914 a 1961: La doctrina de la *Exclusionary rule* (regla de exclusión absoluta)

En este momento, como ya se ha visto, la prohibición en la utilización de la prueba obtenida o practicada de manera ilícita es absoluta. Es decir, no importa si la lesión al derecho fundamental, con la obtención, adquisición o práctica, es directa o indirecta, o si dicha lesión importa una vulneración a su contenido ordinario o esencial, sino sólo el hecho mismo de la lesión; en otras palabras, sólo es necesario que, se hayan lesionado normas ordinarias procesales o constitucionales, vinculadas al reo o procesado, para que la prohibición de la utilización de la prueba surta sus efectos «exclusionarios» o de apartamiento de la misma respecto a su lógica cognitiva (es decir, de otorgar conocimiento al Juzgador respecto del objeto del proceso penal y el «thema probandum»). En suma, el dato probatorio no debe ser considerado a efectos de formar convicción en el juzgador, bajo

¹⁹ Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el Proceso Penal*. Madrid: CEPJ, 1992, p. 106.

ningún motivo. Esta regla, denominada por la jurisprudencia anglosajona como «*exclusionary rule*», es de carácter absoluto, y sobre ella han venido a fundamentarse criterios de excepción o relativización de sus efectos, por lo que se considera en la actualidad, como bien se señala de modo unánime, como una teoría de «efecto residual» y sobre la que descansan las otras reglas de excepción las cuales han pasado a ser de «excepcionales» a «generales» y sólo, en defecto del juicio de «razonabilidad» y «proporcionalidad», se pasan a excluir los datos probatorios obtenidos y practicados con vulneración a los derechos fundamentales del reo.

2. De 1961 a 1984: la doctrina del «*balancing-test*» o de la «*ponderación de intereses*»

Esta doctrina jurisprudencial sopesa el interés de la justicia con el de los ciudadanos. Surgió de una necesidad evidenciada en la Corte Suprema, pues a ella concurrían muchos casos en los que por defectos técnicos se terminaba excluyendo los datos probatorios que bien podrían determinar la materialización de una consecuencia jurídica en contra del procesado, quien verdaderamente sí resultaba responsable. Ello, aunado a un ambiente social de verdadera «alarma» y «des crédito del sistema de administración de justicia» por estar sacudido de una ola enorme de delitos, obligó a un replanteamiento de la anterior doctrina de la *exclusionary rule*. Esto significó que, partiendo de la limitación a dicha regla exclusionaria, se sopesara con el fin preventivo que la misma debía conservar. Si dicho efecto preventivo, deseado por la regla de exclusión no se cumplía, entonces, sí se valoraría la prueba; aún cuando su adquisición vulnerara derechos fundamentales, cuando menos indirectamente²⁰.

3. De 1984 a hoy: la doctrina del *good-faith exception*

Esta doctrina es la que en líneas muy gruesas ya hemos descrito en páginas anteriores. Básicamente estamos en el mismo propósito de restar una aplicación absoluta de la regla exclusionaria conservando siempre, respecto de ella, los efectos preventivos que, sobre labores propias de investigación llevadas a cabo por la policía, debía tener. Como ya lo anotábamos anteriormente, esta formulación mide qué tanto podría prevenir la conducta ilícita de un funcionario de policía en futuras acciones si éste no

²⁰ Cfr. Sentencia *matter/affair USA V.s. Calandra*.

es consciente de que su conducta no se ajusta a derecho. Estamos en el supuesto, dentro del Derecho Penal, de un error de prohibición indirecto (desde la perspectiva dogmática del Derecho Penal en su apartado general clásico y de raíces romano-germánicas), en el que la ilicitud relativa a la conducta del policía, incluso, podría verse cancelada por efecto de una causa de justificación putativa; que es en donde pretende recaer la acción decisiva de esta regla. Entonces, la *excepción de buena fe*, tiene aquí su fundamento jurídico-filosófico. Esta doctrina ha sido muy criticada por subsumir el análisis de la prevención de la exclusión a ámbitos demasiado subjetivos. El alcance de la buena fe del policía, o lo que en nuestra perspectiva equivaldría a la imprudencia o culpa, afectaría la posible valoración de la prueba con prescindencia de la posibilidad que tales efectos preventivos sí podrían resultar positivos frente a esa imprudencia, llevándonos a una mayor exigencia de cuidado debido a la posición de garante y privilegio que supone la actuación policial. En todo caso, sectores doctrinarios se oponen tajantemente y son contrarios a esta opción dada su extrema subjetividad²¹.

Finalmente señalar tres cosas:

Primero, en el ordenamiento español la solución mayoritaria, por parte de la doctrina y la jurisprudencia, se inclina por la *ponderación de intereses*; con mediación de un juicio de *racionalidad y proporcionalidad*, expresado por GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO²² donde la valoración de la prueba se hace dudosa, por cuanto no afecta directamente un derecho fundamental. En esta medida, en la opción tomada por la doctrina española y su jurisprudencia (de modo especial la STC 114/1984 del 29 de noviembre) se percibe una influencia de la doctrina jurisprudencial norteamericana referida a la doctrina del *balancing test*, en tanto su finalidad disuasoria (*deterrent effect*)²³.

²¹ Por ejemplo DIAZ CABIALLE (Ibidem.).

²² Cfr. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal. Madrid: Colex, 1990, *passim*.

²³ Es de resaltar una parte del texto de la Sentencia 114/1984, del 29 de noviembre; en la que sostiene que «... Por lo general, los países del 'common law' hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad de la prueba procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del Derecho norteamericano, en el cual se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien sólo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público <policía>...»

Segundo: En lo que respecta al Perú, debemos decir que no existe una doctrina ni unánime ni mayoritaria en lo que se refiere a este tan problemático y espinoso tema. Sólo algunos puntillazos dados por la Jurisprudencia pero que ciertamente van en la moda ya planteada del retroceso del efecto absoluto de la regla de exclusión y la reafirmación de la necesidad de relativización de dicha regla con fines a la tutela eficaz de intereses sociales en juego. Ello producto de un incremento descontrolado de la criminalidad convencional y la aparición de nuevas formas de criminalidad en términos complejos, con pluralidad de agentes, de organización delictiva (criminalidad organizada) y de vocación incluso transnacional. En este sentido posiciones dogmáticas como las expresadas por SAN MARTÍN CASTRO en el sentido de establecer ciertos lineamientos en la valoración de la prueba prohibida²⁴ redundan en beneficio de un control de la investigación y el Debido Proceso a la vez que el respeto a los derechos fundamentales (entre otros y de modo fundamental, el de la presunción de inocencia –pilar fundamental en esta institución–), todo lo cual, sin embargo, no es suficiente puesto que ahora lejos de estructuraciones dogmáticas, unas más sólidas que otras, es la Jurisprudencia, siempre tímida, la que debe tratar con decisión este tema²⁵.

A este respecto es de resaltar el esfuerzo que han protagonizado los Vocales Superiores de todo el Perú, en su Pleno Jurisdiccional de 2004, llevado a cabo en la ciudad de Trujillo, en la que establecen respecto de este tema los siguientes puntos:

- a) Aceptar la admisión, práctica y valoración de los datos probatorios obtenidos con vulneración a los derechos fundamentales, siempre que haya buena fe. A éste debe vincular el hecho que «haya flagrancia, y siempre que esté bajo el control de la Fiscalía o el Juez Penal, y se utilice las reglas de experiencia entendiéndose por ésta, la apreciación razonada que hace el Juez, de la justificación dada por los funcionarios policiales sobre la forma y circunstancias en que fue obtenida la prueba ilícita, por haberse alegado que han actuado de

²⁴ En este sentido, revisar: SAN MARTÍN CASTRO, César, Ob. Cit. pp. 880 y ss. También SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, pp. 650 y ss.

²⁵ En este sentido es de anotar las siguientes Sentencias: Ejecutorias Suprema de 19 de diciembre de 2001 (R.N. N° 2380-1997-Lima); y de 19 de febrero de 2001 (R.N. N° 8244-1997-Cajamarca), en: PEREZ ARROYO, Miguel, *La Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú (2001-2005)*, Ediciones Iuris Consulti y Editorial San Marcos, Lima, 2006, pp. 535 y 2091, respectivamente.

- buena fe». Acuerdo tomado en mayoría: ACUERDO SEGUNDO/ Pleno Jurisdiccional de 2004, Tema 3.
- b) Aceptar «la admisión de la prueba obtenida con infracción constitucional, siempre y cuando resulte beneficiosa para el imputado pues las prohibiciones probatorias son garantías a favor del imputado y en ningún caso su inobservancia puede ser usado en su contra»²⁶. Acuerdo tomado en mayoría: ACUERDO TERCERO/ Pleno Jurisdiccional de 2004, Tema 3.
 - c) Aceptar la «admisión y valoración de la prueba ilícita (sic), para terceros, bajo argumento que no existe identidad entre el titular del derecho violado y el sujeto que se condena (tercero)²⁷. Acuerdo tomado en mayoría: ACUERDO CUARTO/ Pleno Jurisdiccional de 2004, Tema 3.
 - d) Aceptar «la admisión de la doctrina de la ponderación de intereses entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor. Y si bien, toda violación a derechos fundamentales por sí ya es grave y acarrea la ilicitud de la prueba, el asunto cambia si lo sometemos a la ponderación del interés de mayor intensidad, como los que se valoran cuando de por medio está los bienes jurídicos en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja». Acuerdo tomado en mayoría: ACUERDO QUINTO/ Pleno Jurisdiccional de 2004, Tema 3.
 - e) Aceptar «la admisión de la doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, pues la prueba ilícita no se usa para probar su culpabilidad, sino para acreditar la falsedad de la coartada del procesado. Acuerdo tomado en mayoría: ACUERDO SEXTO/ Pleno Jurisdiccional de 2004, Tema «3».
 - f) Admitir la Teoría del Riesgo, como excepción en casos como confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc. Su justificación, conforme expone el acuerdo, reside en el «riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste». Así, sigue la citada

²⁶ Esta afirmación hecha vía regla «jurisdiccional» calza perfectamente con lo que hemos sostenido en relación a los fines de política criminal de esta institución procesal además de las reglas expuestas al respecto (Vid. Ut. Supra).

²⁷ Aún cuando la regla expresada por este pleno no se entiende muy bien.

regla de excepción conforme al pleno jurisdiccional, «si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga el Juez. Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo conciente, pues su posterior testimonio es válido. En esta regla también se subsumen las que se originan con las grabaciones incontinentidas y las que se obtienen producto de la intervención del agente encubierto. Acuerdo tomado en mayoría: ACUERDO SEPTIMO/ Pleno Jurisdiccional de 2004, Tema «3»²⁸.

Tercero: Aún cuando de momento no existe una regulación precisa referida al tema que ahora nos avoca (en el seno de la legislación procesal penal actual -vigente en la mayor parte del territorio nacional con excepción de las Cortes Superiores de Huaura y La Libertad-), como sí sucede con el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, el mismo que en su artículo VIII y 159° sanciona con la inutilidad las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración a los derechos fundamentales, se deben anotar dos temas:

- a) En primer término, el cumplimiento de las garantías que supone del debido proceso, reconocidas en la Constitución de 1993 en diversos numerales de su artículo 139, es suficiente para fundamentar la presunción de una prohibición en la obtención, práctica y utilización de datos probatorios irrespetuosos tanto de los derechos fundamentales involucrados en la actividad de investigación y procesamiento instructorio —básicamente— como de aquellas diligencias de investigación que en términos de formas y demás, se encuentran constitucionalmente protegidas; como es el caso, por ejemplo, con el de las entradas ilegales en domicilio cerrado, las escuchas telefónicas ilegales o las videograbaciones sin autorización judicial y control de legalidad en sus extremos ajenos al objeto de investigación. Este criterio amarra de modo inescindible la aplicación y vigencia de lo establecido en el artículo 62 y 72 del Código de Procedimientos Penales.

²⁸ Cfr. Acta de sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal «Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria» Trujillo, 2004. En, Cuadernos de investigaciones judiciales, año 3, nro. 7, ene-mar, 2005, pp. 61 y ss. En este mismo pleno figura como punto aprobado la diferenciación entre prueba prohibida e irregular, sosteniendo el mismo documento, a mi parecer equivocado pero denotando un gran esfuerzo por tratar de entender el tema, que la prueba prohibida se refiere a la obtención de una fuente de prueba, mientras que la prueba irregular o ilícita, se refiere a la vulneración de una norma de rango procesal al momento de la incorporación de una prueba al proceso (sic). Es obvio que esta discusión y precisión no puede ser abarcada en este apretado trabajo.

- b) En segundo término, como ya se ha expresado en reiteradísima jurisprudencia penal y constitucional, la influencia y vigencia del Derecho Fundamental a la presunción de inocencia, reconocida en el artículo 2 numeral 24 literal e) de la Constitución Política del Estado, no sólo se limita a fundamentar el criterio de absolución en términos de insuficiencia probatoria o de in dubio pro reo, sino que exige del sistema penal un plus de labor investigadora y de prueba suficiente que conduzca a la destrucción de dicha presunción de inocencia en tanto derecho fundamental. Ello quiere decir que no cualquier dato probatorio va a servir para destruir dicha presunción de inocencia, sino sólo aquellos que superen el test de legalidad, legitimidad y el de proporcionalidad, sin la cual la presunción de inocencia permanece incólume.
- c) En tercer término, y conforme al punto anterior, el test de legalidad, legitimidad y proporcionalidad nos conduce a la solución legislativa planteada por el Legislador del Código Procesal Penal de 2004, el cual en su artículo VIII del Título Preliminar, obliga a realizar un juicio de lesión probable al contenido esencial de un derecho fundamental. Este juicio de lesión no es otro que el de proporcionalidad, el mismo que se traduce de la siguiente manera: fin legítimo, necesidad, adecuación y proporcionalidad estricta. Quiere decir, que ante el dato presuntivo de una vulneración de un derecho fundamental que podría llevar a la inutilización de un dato probatorio, se debe realizar dicho test, el cual exige preguntarnos de si al momento de producirse dicha lesión, se perseguía un fin legítimo o no; de si la lesión acaecida respecto del derecho fundamental en cuestión resultaba adecuada, en atención a las circunstancias concretas, al fin que se pretendía alcanzar; y, finalmente, si la limitación al derecho era proporcional en sentido estricto, por tanto razonable. No hay otra forma de entender el mensaje normativo dejado por el legislador en el mencionado artículo del Título Preliminar.

Por último, solicitar las dispensas necesarias al lector, por la tosquedad en la expresión de algunas ideas vertidas en este trabajo que por el tema en sí mismo merecería no sólo un artículo como el presente sino tanto más, por la importancia que sugiere, de un texto monográfico que pronto espero publicar en Perú, una vez nacionalizada la doctrina que en su momento expresé en un trabajo publicado en Madrid el año 2000, en la casa editora La Ley de España.

Delitos contra la Administración Pública,
se terminó de imprimir en Lima,
en el mes de enero de 2009.

