

**DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA**

RICARDO A. BASILICO - JUAN TERRADILLOS BASOCO
Directores

JORGE LUIS VILLADA - MARÍA CAROLINA RENAUD
Coordinadores

LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ - ERICK GUIMARAY
ESTHER HAVA GARCÍA - MARÍA ACALE SÁNCHEZ
MATÍAS CARLOS FROMENT

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

2019

Julio César Faira - Editor

I.S.B.N.: 978-9974-745-85-8

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483

e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar

www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (00598) 2916-5238

e-mail: bdef@netgate.com.uy

www.editorialbdef.com

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.

Impreso en Argentina en el mes de septiembre de 2019 por:

La Imprenta Ya, Av. Alférez Hipólito Bouchard 4381

Tel.: 4756-6854 / 6837. Munro, Buenos Aires.

www.laimprentaya.com

ÍNDICE

ÍNDICE DE AUTORES.....	IX
<i>La protección penal de la función pública</i>	
JORGE LUIS VILLADA.....	1
<i>Corrupción política y delitos contra la Administración Pública. Una aproximación introductoria</i>	
JUAN M. TERRADILLOS BASOCO	45
<i>Corrupción pública/corrupción privada: los escenarios de encuentro</i>	
LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ	79
<i>Autoría mediata en delitos de corrupción pública</i>	
ERICK GUIMARAY.....	113
<i>Abusos genéricos de funcionarios y prevaricación administrativa: Un análisis comparado de los sistemas español y argentino</i>	
ESTHER HAVA GARCÍA	147

VIII DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*Negociaciones y actividades prohibidas de los
funcionarios públicos*

RICARDO A. BASILICO 181

*Realidad criminológica y respuesta
penal frente a la corrupción pública*

MARÍA ACALE SÁNCHEZ 255

*Corrupción pública: el engranaje del crimen
organizado*

MARÍA CAROLINA RENAUD 289

La importancia de la recuperación de activos

MATÍAS CARLOS FROMENT..... 317

ÍNDICE DE AUTORES

JORGE LUIS VILLADA

Catedrático, Investigador y Profesor de Derecho Penal Parte General. Miembro permanente del Instituto Argentino-Peruano de Derecho Penal. Coordinador de las áreas de Investigación y Extensión Universitaria en la carrera de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta. Co-fundador y Coordinador del Instituto Interdisciplinario de Ciencias Penales de la Universidad Católica de Salta. Miembro fundador de la Comisión de Jueces Federales del NOA para la lucha contra el Contrabando, Narcotráfico y Trata de personas. Ex Conjuez de la Corte Suprema de la Nación Argentina. Ex Juez Subrogante del Tribunal Oral Federal de Jujuy. Especialista en Derecho Penal (UCASAL). Diplomado en Delitos de Corrupción en la Administración Pública y empresa privada – *Compliance* (UCASAL-UNLZ). Cuenta con numerosas publicaciones sobre diferentes temáticas de Derecho Penal. Ha dictado conferencias y cursos de capacitación en instituciones jurídicas y universitarias.

JUAN M^a TERRADILLOS BASOCO

Profesor emérito en la Universidad de Cádiz, en la que ha sido catedrático de Derecho Penal, Director del Departamento de Derecho Internacional Público, Penal y Procesal, Decano y Vicerrector. Ha dictado conferencias y cursos en instituciones universitarias y jurídicas de toda Latinoamérica. Ha publicado más de doscientos artículos en revistas especializadas, y libros como *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid,

1981; *Delitos societarios*, Madrid, 1987; *Terrorismo y Derecho*, Madrid, 1988; *La culpabilidad*, México, 2002; *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, San Salvador, 2003; *La siniestralidad laboral como delito*, Albacete, 2006; *Estudios sobre Derecho penal de la empresa*, Buenos Aires, 2009; *Sistema penal y Estado de Derecho*, Lima, 2010. Ha coordinado la obra colectiva *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la vida, las personas y el patrimonio. III; Delitos contra la colectividad, las administraciones públicas y los valores constitucionales. IV; Derecho Penal Económico. V*, San José, 2017.

LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Cádiz y Director de la Sección de Cádiz del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Dirige la *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, desde su fundación en 2017, y co-coordina la Red Iberoamericana de Investigadores en Política Criminal e Instituciones de la Seguridad, patrocinada por la AUIP. Ha dirigido proyectos de I+D competitivos nacionales e internacionales en seguridad pública, inmigración y Derecho penal, minoría de edad o criminalidad organizada. Resultado de su investigación es la publicación de monografías y artículos en revistas sobre delincuencia económica, extranjería, seguridad pública, menores y sistema penal, entre los que destacan *Protección penal del mercado de valores*, Valencia, 1997; *Respuestas internacionales a los retos de la seguridad*, Valencia, 2009; “El papel de la seguridad en la ciencia penal. De la categoría científica a la condición de guía de la Política criminal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 2018.

ERICK GUIMARAY

Profesor del Departamento de Derecho y de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo de Investigación y Estudio de Derecho Penal y Criminología de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Procurador Público Adjunto Anticorrupción de la Nación (Perú). Ex Asesor Principal de la Comisión *Lava Jato*

del Congreso de la República del Perú y ex Coordinador del Área Penal del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador pre doctoral de la Universidad de Cádiz.

ESTHER HAVA GARCÍA

Catedrática de Derecho Penal y Vicedecana de Alumnos y Movilidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz. Ha participado en una veintena de proyectos de investigación I+D+I financiados y en varios convenios y contratos sobre estudios legislativos o pre legislativos. Cuenta con más de 90 publicaciones científicas sobre diferentes temáticas relacionadas con el Derecho penal, y tiene una amplia experiencia como analista legal en el ámbito internacional: entre otras actividades, ha sido consultora *pro bono* de Transparency International, experta de la Conferencia de Ministros de Justicia Iberoamericanos en el Proyecto de Armonización de la Legislación Penal en Centroamérica y República Dominicana contra el crimen organizado, y asesora del Congreso de la República de Honduras para la elaboración del nuevo Código Penal.

RICARDO ÁNGEL BASILICO

Juez de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de la Capital Federal, Doctor en Ciencias Penales (UJFK-Argentina y UNED, España), -"Doctor en Derecho Penal y Procesal Penal", Sobresaliente, "Cum Laude", por Unanimidad, Universidad de Sevilla, España. Especialista en Finanzas y Derecho Tributario Post Doctorado en Ciencias Penales. Doctor "Honoris Causa" mult, Universidades Inca Garcilaso de la Vega, Alas Peruanas y Carlos Mariategui, Moquegua, República del Perú. Especialista en Finanzas y Derecho Tributario, Post-Doctorado en Ciencias Penales UNLaM. Director de la Maestría en Criminología de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Presidente en Argentina del IPADep (Instituto Peruano-Argentino de Derecho Penal. Profesor Titular de Derecho Penal Universidad de Belgrano, Universidad Kennedy. Profesor de Posgrado y Doctorado de la Universidad Nacional

de Lomas de Zamora, Kennedy, Austral, Universidad Católica Argentina. Miembro Titular de la Sociedad Mexicana de Criminología. Delegado Embajador del Parlamento Internacional de Educación en representación de Argentina. Director del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos. Vicepresidente (Sede Argentina) del Instituto Iberoamericano de Derecho Penal. Ex Becario del DAAD, Universität Heidelberg, Alemania. Profesor Honoris Causa por la Universidad de Cuvate, México. *Visiting Professor* para Doctorado de Università di Verona. Italia. Profesor- Investigador de Pos Doctorado del Programa de Pos Graduação em Direito de la Faculdade de Direito de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Brasil. Profesor Invitado de la UNAM, México, y Universität Heidelberg Institut für Kriminologie. Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED, España. Delegado Embajador del Parlamento Internacional de Educación-designado por Antecedentes en representación de Argentina. Publicaciones: Director de la Revista de Derecho Penal. Universidad de Belgrano, IJ Editores. Argentina, y *Revista Iberoamericana de Derecho Penal y Criminología*. Autor de numerosos libros propios y en coautoría y publicaciones en revistas especializadas.

MARÍA ACALE SÁNCHEZ

Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Cádiz. Miembro del Grupo de Investigación “Derecho penal y sistema económico” (SEJ 378) y del Proyecto I+D “La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal” (DER2015-65411-R); autora –entre otros– de los siguientes trabajos: “Efectos del Brexit en el ámbito de la política criminal de la Unión Europea y de Reino Unido”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 59, 97-142; “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, en *Rivista de Diritto Penale Contemporaneo*, 11 de enero 2015; “El Derecho penal, la corrupción pública y la corrupción privada”, en Medina Cuenca, A. (coord.), *El Derecho Penal en tiempos de cambios. Libro Homenaje al Prof. Luis Fernando Niño*, ed. UNIJURIS, La Habana, 2016.

MARÍA CAROLINA RENAUD

Contadora Pública egresada de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Autora de capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones sobre Contabilidad, Derecho Penal Económico y otras disciplinas, en relación con la corrupción, fraude y *compliance*. Docente auxiliar de la Facultad de Ciencias Económicas y Derecho (UBA).

MATÍAS CARLOS FROMENT

Abogado por la Universidad Argentina de la Empresa. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Pompeu Fabra y la Universidad de Barcelona. Maestrando en la Maestría en Criminología de la Universidad de Lomas de Zamora, Argentina. Secretario Académico General de Coordinación y Redacción de la *Revista Iberoamericana de Derecho Penal y Criminología*. Miembro Activo del Instituto Peruano-Argentino de Derecho Penal, desde el año 2018. Funcionario en el Ministerio Público Fiscal argentino.

LA PROTECCIÓN PENAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

JORGE LUIS VILLADA

1. INTRODUCCIÓN

Una adecuada interpretación del Estado a los fines de la protección penal traslada su conceptualización a los tres poderes que lo integran (Gobierno y organismos centralizados y descentralizados que forman parte del mismo, sea en el orden nacional, provincial o municipal). Con ello, todo organismo que desempeña funciones públicas, sea bajo la forma de actos de autoridad o de gestión, forma parte de la denominada “Administración Pública” (sea centralizada o a través de sus organismos descentralizados u otros con participación y decisión estatal mayoritaria). La razón de esta protección reconoce sus principios y etiología en la conservación del sistema republicano y sus instituciones.

Pero antes de adentrarnos en nuestro tema debemos hacernos eco de una de las obras más completas en materia de análisis de tutela penal, ya que repasa todas las escuelas e ideas conocidas hasta 1940 y que corresponde al maestro Arturo Rocco, *El objeto del delito y de la tutela jurídico penal*¹. Luego de examinar los pro y contra de las teorías de casi todos los autores que hasta ese momento habían tratado de precisar un concepto de lo que “se pretendía proteger” con la imposición de una pena desde el derecho penal (lo que inevitablemente llevaba a analizar la calidad especial del “injusto

¹ Rocco, Arturo, *El objeto del delito y de la tutela jurídico penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2013.

penal" en relación a los demás injustos del ordenamiento jurídico), recién en la p. 270 en adelante de su obra establece su opinión. Para ello analizó aspectos positivos, negativos y las críticas que recibieron los más insignes maestros de derecho penal conocidos hasta ese momento, en un trabajo encomiable y difícil de imitar, por lo que al pie de página enumeramos a la mayoría, como un merecido homenaje al profundo "buceo" efectuado por Rocco y a los inmensos aportes de todos estos nombres². Cuando por fin nos da su opinión, Rocco innova hasta en el lenguaje penal, lo que le otorga un brillo original a su teoría que trataremos de explicar, porque el nudo de la problemática que le preocupa en torno al tema "tutela jurídico penal" tiene uno de sus más profundos anclajes en los delitos contra la Administración Pública, los cuales además son la más demostrativa diversidad de intereses protegidos (subjetivos, objetivos, individuales y sociales), que han demandado a la política criminal de los siglos pasados una titánica labor para agrupar estas ilicitudes bajo un mismo título. España (entre otros) abdicó de esta pretensión y redistribuyó los delitos (formas de ataque a cada BJP) en nuevos y distintos títulos, capítulos, y hasta creando nuevas figuras necesarias que no estaban suficientemente previstas.

En breves palabras, Rocco plantea que toda *necesidad* (social o individual) implica un deseo. De ese *deseo* y esa *necesidad* nacerá el *interés*. El ordenamiento jurídico, valiéndose de la política criminal, va a seleccionar de entre esos intereses individuales (integridad sexual), sociales (salud pública), subjetivos (propiedad) y objetivos (indispensables para el orden público o general), las conductas ilícitas penales, los

² Ihering, Beling, Von Liszt, Wagner, Luden, Merkel (su maestro), Gerber, Binding, Janka, Pessina, Buccellati, Ferrini, Haus, Garraud, Laborde, Schütze, Unger, Zucker, Sjören, Liepmann, Finger, Waechter, Jellinek, Oppenheim, Meier, Goldschmidt, Raggi, Mezger, Carrara, Stammler, Zu Dohna, Lombroso, Ortolan, Carnevale, Lucchini, Alimena, Berner, Gerlan, Manzini, Winscheid, Chironi, Chiovenda, Vanni, Bierling, Baron, Del Vecchio, Birnbaum, Bachini, Messina, Scialoja, Prato, Feuerbach, Grollmann, Cramignani, Hysler, Impallomeni, Ellero, Ortolan, y otros.

injustos penales, que pueden o no coincidir con los injustos restantes del ordenamiento jurídico y no contienen de modo totalizador, los injustos éticos ni morales. El Derecho Penal va a circunscribir su catálogo de delitos y penas a los *intereses individuales, generales, personales, sociales o puramente normativos que considere relevantes para la imposición de una pena* (que para Rocco tiene un fin protector). Esos *intereses relevantes* se denominan en nuestra materia “bien jurídicamente protegido”. Pero agrega: son “bienes”, porque el *deseo individual o social* así los considera para la *satisfacción de sus deseos o aspiraciones* (paz, seguridad, tranquilidad, convivencia armónica, ausencia de conflictos, libertades, derechos privados, sistemas no autoritarios, ausencia de abusos de los poderosos —entre ellos el Estado—, etc.) y que tanto el todo social como la organización institucional estatal consideran indispensables preservar.

El problema esencial en los llamados “tradicionalmente” “Delitos contra la Administración Pública” es cohesionar el abanico de intereses que se incluyeron en ese Título y que la tendencia actual estaría conduciendo a “desagregar” y “re-agrupar” de otro modo. Rocco explica magistralmente cómo las escuelas y opiniones analizadas por él mismo (la discusión se prolonga hasta hoy), al menos navegan entre dos concepciones fundamentales: a) protección de *bienes jurídicos* concretos y tangibles (como el patrimonio estatal), y b) impedir las *infracciones al deber* (cuya reprochabilidad se basta con la conducta (positiva u omisiva) sin que deje a la vista una lesión material, tangible y concreta como puede ocurrir en la omisión de cumplimiento de los deberes de funcionario público)³. Si se analiza detenidamente la reacción de las so-

³ Un ejemplo concreto es el renovado C.P. paraguayo, que arrancó el “Peculado de bienes embargados” o el “Encubrimiento” del Título de delitos contra la Administración contra el patrimonio público o de la Justicia en el segundo caso (como los prevén la mayoría de los países) y los reubicó en los delitos contra el patrimonio de los particulares, ya que “hacer desaparecer bienes provenientes de un delito” o “hacer desaparecer bienes embargados” perjudica antes que nada al patrimo-

ciedades latinoamericanas (como lo admite Donna), se puede notar que recién hace 5 años han comenzado a reaccionar contra la corrupción estatal (porque ha afectado gravemente los presupuestos y finanzas de los Estados). Pero nuestras sociedades acostumbradas a la monarquía, los cacicazgos, los liderazgos casi mesiánicos, o los gobiernos de facto, hacen caso omiso a las violaciones o infracciones graves que cometen los funcionarios públicos. A muy pocos les interesa la asunción indebida de un cargo, que un juez haga trampas en un examen para acceder a un cargo vacante, que un municipio o una provincia u otro organismo público jamás rinda cuentas de los dineros que administra, que se utilicen los bienes del Estado en beneficio propio, que haya ex funcionarios enriquecidos en escasos años, que haya ascensos o nombramientos arbitrarios en la Administración pública, que se distribuyan planes sociales sin control, que se hunda un submarino que navegaba en malas condiciones y por cuya restauración se pagaron decenas de millones de pesos (salvo porque la muerte de 44 marineros despertó la protesta social), pero todo el foco está puesto en “ese” submarino y nadie pregunta por el resto de la flota naval o aérea militar que debiera existir para defender al país. No asombra que se hayan cesanteado miles de policías por corrupción, que haya jueces presos por corrupción, políticos presos o bajo proceso, dirigentes sociales que se apropiaron de los recursos para los planes que debían distribuir. Y la explicación es sencilla: pareciera que mientras “a la persona” la corrupción o el delito (de interés general o social y por más grave que sea) no la afecte en los *intereses personales* o *frustre el propio deseo*, no importa o no se lo ve o no existe⁴. Pero esta es una valoración a la que nos tienta la política criminal.

nio de la víctima (encubrimiento) o del acreedor (peculado de bienes embargados) y dejan para un segundo plano o consideración si hay violación a otros bienes jurídicamente protegido.

⁴ *Lectura obligada de carácter valorativo*: Hay situaciones nunca aclaradas y totalmente olvidadas de la conciencia de los ciudadanos argentinos, de sus “intereses jurídicamente valiosos”. A) En oportuni-

Manzini sostenía que en estos delitos estaba en juego el *interés público* concerniente al *normal funcionamiento* (hacia dentro de la Administración) y al *prestigio* de la misma en sentido lato (hacia los administrados), en lo atinente a los

dad de la guerra con Reino Unido (y toda la OTAN) por la recuperación de las Islas Malvinas, se reunieron grandes sumas de dinero, víveres, comidas, ropas de abrigo que *nunca* llegaron a manos de nuestros soldados. Hasta hoy *nunca* se investigó que meses después de terminada la guerra, aparecía mercaderías, ropas y otras vituallas, vendiéndose en todo el territorio nacional "con las cartas que los donantes les enviaban a los soldados destinatarios. ¿Quién administró, trasladó y nunca entregó esos víveres y dineros? Nuestros soldados murieron además de por las balas, por el frío, la falta de abrigo y de comida. ¿Quién lucró de manera infame con esos víveres para nuestros heroicos jovencitos de 18 o 19 años que fueron llevados obligadamente a pelear en las peores condiciones? ¿Dónde estuvo oculta tanta cantidad de vituallas (se llenaban barcos enteros), que salió a la venta meses y hasta años después? En Malvinas perdimos 800 hombres (en más o en menos). Un país de 40.000.000 de habitantes jamás se ocupó de las carencias y crueldades que atravesaron "tan pocos" y encima "adolescentes". B) Nadie se pregunta qué beneficios dejó el "contrabando de armas que se realizó por orden del ex Presidente Menem, en favor de Ecuador" cuando ese país se enfrentaba militarmente a Perú (que fue de nuestros pocos aliados en la Guerra de Malvinas). Se inventó un contrabando a Croacia. Se hizo explotar una Fábrica Militar completa. Se afectó severamente a la comunidad de la ciudad de Río Tercero (donde estaba la fábrica), todo ello para "tapar y desaparecer" las pruebas del contrabando de armas). Veinte años después, no se investigó seriamente a nadie, no hay ningún funcionario preso, quedaron 10 muertos en el recuerdo, hay 20.000 demandas de daños y perjuicios que ningún gobierno seriamente va a pagar; a los 40.000.000 de argentinos no les interesó el daño y el terror que sufrieron 40.000 habitantes de aquella pequeña ciudad. La fábrica militar se cerró dejando a cientos de personas sin trabajo, perdimos todos los técnicos altamente preparados que teníamos allí trabajando. ¿Por qué la indiferencia?: Porque eran unos pocos "los que sufrieron" y porque no golpeó a todo el país? Estamos seguros de que sí. C) En cambio, cuando producto de una mala política económica en 2001 se "congelaron" todos los depósitos bancarios y empezaron a quebrar empresas, bancos y otros establecimientos, "toda la sociedad reaccionó y echó al Gobierno de turno". Véase por dónde pasa el bien jurídicamente protegido en los ejemplos dados. Dónde estaba el "interés individual y colectivo". Dónde estaba la preocupación institu-

siguientes valores que consideraba indispensable preservar: la probidad, desinterés, capacidad, competencia, disciplina, fidelidad, seguridad, libertad, decoro funcionales, así como el respeto debido a la voluntad del Estado, en orden a determinados actos o relaciones de esa misma Administración, sin los cuales era imposible que la autoridad se impusiera a los particulares. Esa preeminencia devenía de la "autoridad moral, ética y administrativa" que emanaba del buen gobierno de la cosa pública.

La confianza pública en los mandatos y rescriptos de la autoridad según Cincunegui y Cincunegui (en "La corrupción y los factores del poder") debe ser uno de los bienes sociopolíticos principales tutelados por la ley, porque la realización de actividades o tareas públicas y el ejercicio de funciones o potestades públicas depende en gran medida de la confianza pública en sus instituciones, especialmente hacia aquellos que deben interpretar, administrar, aplicar y ejecutar las leyes que regulan las actividades a su cargo y en particular de los recursos que el Estado (sociedad) les confía. La reputación de las instituciones republicanas depende no sólo de la aplicación objetiva de las leyes sino de la conducta que encarnan los funcionarios, agentes y empleados públicos, la que deberá sustentarse en forma permanente en los principios éticos y morales, en los que se basa la vocación de servicio para proteger y evitar contrariar anteponer cualquier interés personal o sectorial al interés público, cuya protección, promoción o defensa le haya sido asignada o en la que se encuentre comprometido su accionar.

Este no es un mero discurso ético o moral. Es la médula de un estado de derecho y republicano. Es el pilar esencial de la autoridad que tendrán sus instituciones estatales para gobernar en pos del bien común. Vaciada de contenido ético, la función

cional (política y judicial). Hay que entender que estos delitos no son una parte "aburrida" del derecho penal (como dicen nuestros alumnos, demasiado inmaduros para entender la profundidad y proyección de la malignidad de estas ilicitudes). Estos delitos "destruyen, socavan, horadan y hunden al país y a sus instituciones".

o desempeño de la misma es siempre sospechada, se desconfía del estado de derecho, se demandan soluciones mágicas y los pueblos más de una vez han desembocado en autoritarismos por culpa de estas falencias⁵, descreyendo de los sistemas republicanos o legales, aceptando someterse o siendo empujados a la no-legalidad (como sostenían Carrara y Núñez)⁶.

2. PROTECCIÓN PENAL

Remontándonos a las ideas contractualistas o pactistas de la organización jurídico-política de la sociedad (cuyo mayor exponente fue para muchos Juan Jacobo Rousseau), y conforme a lo que hemos expresado, es fácil comprender que esta "superestructura organizada al servicio de la comunidad", llamada Estado, debe gozar de una necesaria preeminencia sobre los demás integrantes o componentes del todo social para que los actos (de autoridad o de gestión) que desempeñen gocen no sólo del *imperium* del que están revestidos, sino además de la fe o credibilidad que la intervención de los funcionarios despierte en los administrados.

El Derecho penal, en su plexo normativo, viene a sancionar toda transgresión que vulnere la potestad de la Administración, pero no sólo en su aspecto formal, sino esencialmente sustancial. Así, cuando se penalizan las conductas que vulneran la investidura del funcionamiento o el normal desenvolvimiento del acto funcional, se pretende proteger no a la investidura funcional como cree el vulgo, sino preservar el necesario respeto que el administrado debe guardar por la

⁵ Basta repasar la historia de Alemania pre-nazismo, de la Venezuela pre-Chávez, la Italia pre-Mussolini, la Rusia pre-revolución bolchevique, la Francia pre-napoleónica y otros tantos tristes ejemplos similares.

⁶ Especialmente en la obra del Maestro de Pisa no hay una sola referencia a los gobiernos de facto, porque sostenía él que sólo escribía sobre derecho y los mal llamados gobiernos de facto, eran delincuenciales. En la misma línea de coherencia actitudinal, Ricardo Núñez jamás desempeñó un cargo durante un gobierno de facto, porque lo consideraba "complicidad" anticonstitucional. No es el caso de muchos otros reconocidos penalistas en el mundo entero.

función que ese sujeto está desempeñando en bien de todos (noción constitucional de "bien común").

En cambio, cuando penaliza al funcionario que comete *irregularidades en su gestión*, el acento de la protección está puesto en el contenido sustancial de la fidelidad que el mismo debe al Estado (infracción al deber), porque se le confió su representación y, por ende, esa preeminencia de la que debe gozar el acto funcional que el funcionario delincuente desvirtúa con su accionar. Indirectamente, custodia la imagen del funcionario público como mandatario o delegado de la soberanía del pueblo. Por ello, resulta esencial y muy vinculado al normal desenvolvimiento del Estado de Derecho y de la República, la protección de los valores que se tutelan en el Título XI del Código Penal argentino, mediante un catálogo de delitos que se cometen:

a) Contra la función pública, tanto ejecutiva como legislativa o judicial, sea de carácter nacional, provincial o municipal (a veces sobre la persona del funcionario o empleado).

b) Desde la Administración pública, contra el administrador u otros sectores de la administración (formas de abusos funcionales o delitos semejantes).

c) De carácter patrimonial, contra o desde la función que se desempeña.

d) Los que son propios del ámbito judicial (que se penan más severamente).

No pueden ni deben pasar desapercibidos en un país cívicamente desarrollado, porque ignorarlos significa menoscabar y descalificar el sistema institucional, despreciando en grado sumo a la sociedad y sus integrantes, quienes son los destinatarios de la actividad estatal, desde que está establecida en su beneficio (para procurar el bien común). Tampoco debe creerse que las figuras existentes son suficientes e inmutables. Deben ser revisadas permanentemente e incorporarse otras nuevas que están incluidas en otros sectores del ordenamiento penal (como ocurre en nuestro país, con "el fraude a la Administración Pública", que está pésimamente ubicado entre los delitos contra el patrimonio particular).

Molinario advierte que el art. 241, inc. 1º, resume la protección de todo el Título, al amparar la actividad ejecutiva, legislativa o judicial, cuando dice: "El que perturbare (...) o dondequiera que una autoridad está ejerciendo sus funciones". Ese concepto se reafirma en el inc. 2º que dice: "El que sin estar comprendido en el art. 237 (atentado a la autoridad), impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir con un acto propio de sus funciones"⁷.

A pesar de algunas erradas ideas (en nuestro país hay muchas al respecto), "pertenecer" al Estado en cualquiera de sus manifestaciones es un deber civil, implica *responsabilidades cívicas*, es una carga pública republicana que debe desempeñarse con honorabilidad, eficiencia, honestidad, seriedad y responsabilidad, dando cuenta permanentemente de cada uno de los actos que se desempeñan. La función pública no es una especie de "patente de corso" o autorización para cometer toda clase de abusos, o enriquecerse de manera espuria, ni para prevalerse de una posición de poder, llevar a cabo atropellos u obtener otra clase de beneficio o beneficiar a terceros o parientes⁸.

Por todo lo dicho, es que —insistimos— los delitos que se cometen desde o contra el Estado (muchas veces por falta de

⁷ Esta disposición por la levedad de su pena es hasta ignorada o no aplicada por la justicia. *En el caso de las fuerzas de seguridad*, hemos comprobado (siendo docentes durante 12 años) que ignoran la posibilidad de "detener y formar causa penal inmediata" contra aquellos que se *opongan, obstruyan o siquiera estorben* (molesten) el acto funcional regular que está desarrollando, con lo que mal entrenados recurren "al mal uso de la fuerza", que los termina condenando por abuso de autoridad. Sólo reconocen el atentado y la resistencia a la autoridad, pero no este art. 241, que se perfecciona como delito con el simple "estorbar, perturbar o impedir" un acto funcional.

⁸ Aunque en otros términos pero con alto contenido político, republicano y ético, Terragni coincide con nuestra opinión (t. III, p. 308) y utiliza una frase terminante: "Cuando el C.P. refiere a delitos contra la administración, en realidad quiere decir crímenes contra el pueblo, contra toda la ciudadanía que exige a las personas designadas un desempeño correcto para que se cumplan los fines del beneficio común perseguido". Impecable.

capacitación suficiente del agente público) finalmente atacan a la sociedad más tarde o más temprano. Ejemplos elocuentes son la corrupción, los abusos funcionales, los ataques a las instituciones y otros similares.

Desde una perspectiva más ajustada a la técnica legal, Terragni, González Roura, Fontán Balestra, Creus, Núñez y otros sostienen que en este Título se tipifican conductas que afectan el *normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función* de los órganos del Estado (de manera inmediata), a lo que *se agrega el interés en el decoro o prestigio de la Administración Pública* (de manera mediata)⁹.

Donna (homenajeando a Bacigalupo y citando a Peces Barba Martínez) explica que cuando se analiza el tema del funcionario público, se parte de hacer referencia a un Estado constitucional, democrático y social de Derecho, que busca el desarrollo de la educación, la protección de la salud y la seguridad social de las personas, con dimensiones liberales y sociales que buscan el equilibrio, basado en el Iluminismo que exige una sociedad abierta y pluralista¹⁰. “No obstante, cuando se refiere al estado actual del problema que plantean estos delitos, se aclara que la corrupción funcional en América hispana ha pasado a ser una constante. *La falta de una cultura democrática y la creencia de que la cosa pública es parte del patrimonio privado implica que la llegada a la función pública, en cualquiera de sus jerarquías, tiene como consecuencia el acrecentamiento de patrimonio propio, en perjuicio del pueblo en general. Ya no existen órganos o poderes del Estado con idea de fin o servicio, sino sólo con la idea de autoservicio a sus miembros: sueldos altos, utilización de bienes del Estado en beneficio propio, beneficios impositivos, como mínimo y como máximo el lucro a costa del Estado en general. Ambas son formas de corrupción*”¹¹.

⁹ TERRAGNI, M., t. III, p. 307. FONTÁN BALESTRA, R., t. IV, pp. 111 y ss., etc.

¹⁰ DONNA, *Honrar a la Constitución y Sistemas Penales iberoamericanos*, ARA, Lima, 2003.

¹¹ DONNA, “El concepto dogmático de funcionario público en el C.P.”, *Revista* 2/2004, Rubinzal-Culzoni, p. 11.

Para el Código Penal argentino, la función pública es sinónimo de actividad o servicio público, sin diferenciar la actividad jurídica externa o calidad de los agentes (funcionarios), de la actividad interna no jurídica (empleados). El art. 77, 4º párrafo, define taxativamente: "Por los términos "funcionario público" y "empleado público" usados en este código se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente". Sin embargo, como aclara la mayoría de la doctrina, en su mayoría los delitos funcionales se cometen por parte de un sujeto especial ("funcionario público"), en algunos casos también por parte del "empleado público" y hasta en otros por "particulares".

Del análisis del Derecho comparado de países latinoamericanos y del Caribe, surge que se equipara genéricamente al funcionario con el empleado o servidor público, en lo atinente a la responsabilidad penal, tal como surge de los Códigos Penales de México (art. 212), Honduras (art. 393), Chile (art. 260), El Salvador (art. 39), Brasil (art. 327), Colombia (art. 20), Bolivia (art. 165) y Uruguay (art. 175). Nuestro país recién efectuó tal equiparación con la sanción de la Ley de Ética Pública.

El funcionario actúa naturalmente por el Estado sea representándolo, o por una delegación de facultades que el propio Estado realiza a los fines de que lleve a cabo la misión que se le encomienda en una determinada área, pero en "su nombre". La actuación funcional *compromete siempre al Estado*. Por ello, dice bien Cerezo Mir (entre otros) que "estos delitos traen aparejada esencialmente la infracción a un deber". En igual sentido, Roxin sostiene que "estos son *delitos de deber*, en los cuales la autoría se funda en la lesión a un deber especial, que sería extratípico (porque son deberes impuestos por leyes extrapenales)¹² y en los que diferencia de manera clara los *delitos de dominio de los de infracción al deber*"¹³.

¹² Entre ellos, los expresamente previstos por la Ley de Ética Pública 25.188.

¹³ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, P.G., t. II; ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

Pero esta es una visión que ha sido criticada de parcial, ya que refiere únicamente a la infracción del funcionario y eventualmente del empleado público (como autores del delito). La situación de los particulares (sujetos activos), excepcionalmente agentes, puede tener una diferente mirada, ya que sus comportamientos integran o ingresan en otras formas de ilicitudes. No obstante, esta posición de la escuela alemana (y algunos seguidores) también aparece como parcial, porque efectivamente hay delitos cometidos desde o contra la función pública, con indudables fines de lucro y que afectan concretamente el patrimonio público. Esto dificulta a veces precisar claramente el bien jurídico protegido, debiendo concentrar el análisis en cada caso particular.

No está lejos la reforma penal que distribuya todos los delitos que contempla el C.P. argentino en su Título XI, en varios diversos, tal como lo hizo modernamente España, ya que el objeto de ataque se diversifica. Pero quizás el mayor problema que se afronta es que frente a la comparación y reproche social, las infracciones al deber aparecen mucho menos impatantes que los casos de corrupción de contenido patrimonial, cuando ambos debieran equipararse.

Bielsa decía: "Función pública es aquella que en virtud de designación especial y legal (sea por decreto o por elección), de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a construir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esta se encamina a la realización de un fin público (actividad jurídica o social)"¹⁴.

"La función es lo institucional y por eso siempre se la refiere a una atribución de Estado, o sea a la realización de alguna finalidad del mismo (por eso se dice 'función de soberanía', 'funciones de justicia', 'de defensa nacional', etc. Como las funciones exteriorizan la voluntad del Estado, los órganos que las realizan son dirigidos por funcionarios públicos y no empleados. Cualquier funcionario, desde el Presidente de la

¹⁴ BIELSA, *La Función Pública - (La Carrera Administrativa)*, Depalma, Buenos Aires, 1960.

Nación hasta un policía, *representan al Estado*, exteriorizan su voluntad y su autoridad”¹⁵.

Ricardo Núñez sostenía que no existía la equiparación en el derecho penal argentino entre funcionarios y empleado público, diciendo: “El empleado no es naturalmente el titular del ejercicio de una función pública, sino que presta un servicio vinculado accidentalmente a dicha función”. No se equivocaba el maestro cordobés, cuando emitía esta idea en base “a la legislación vigente” a la época de su aseveración. Fue la Ley de Ética Pública (décadas después) la que equiparó las responsabilidades penales de ambos servidores (funcionarios y empleados).

Esa ya era la postura de Daniel Carrera, desde mucho antes de la sanción de dicha ley, en cuanto que el empleado estaba alcanzado por las penalidades previstas en la ley penal para el funcionario público, cuando en razón de las labores que le eran encomendadas participaba del ejercicio efectivo del “imperium” propio de la función misma (como en los actos de gestión) y agregábamos: o tiene injerencia decisiva en el desarrollo de un acto funcional, como algunas leyes latinoamericanas que prevén sanciones en forma expresa para ambas categorías de servidores públicos. Nuestra Ley de Ética Pública asimiló a empleados y funcionarios en los delitos de corrupción en la labor estatal.

Aclaramos el alcance de la ley penal en este último sentido, porque a nuestro criterio, lo que está en discusión a los fines de la cabal interpretación del catálogo de delitos contra la Administración Pública (como lo denomina la mayor parte de las legislaciones americanas), es *la salvaguarda de la propia función pública*; con lo cual quien la encarne será sujeto pasivo en algunos casos o sujeto activo (cuando comete delito desde esa posición) en otros. Lo que no podemos compartir absolutamente es la idea de indiferenciación que propone el

¹⁵ Por eso hace hincapié en su obra, que cuando un Funcionario “designa a una persona en un cargo público” *cumple con el deber de llenar ese cargo* para la demanda de servicios de la sociedad y *nunca para hacer uso de una prerrogativa o facultad* que le otorga su cargo.

administrativismo (entre ellos el prestigioso Gordillo) entre funcionario o empleado. Hay delitos que sólo pueden cometerlos los funcionarios investidos de autoridad total o parcial, permanente o circunstancial. En otros casos, podrá ser imputado el empleado, pero en supuestos excepcionales.

Tanto es así, que autores como Bielsa y Basilico (a cuya postura hemos adherido en nuestras publicaciones) discriminan claramente las tres conductas reprochables (entre las más graves) a un funcionario público:

a) La corrupción en su desempeño, por detrás del afán de riqueza.

b) El favoritismo, nepotismo, inequidades de toda índole y otras tropelías que se cometen desde el abuso de sus funciones.

c) *La infidelidad al Estado*, que es una gravísima conducta a veces no percibida en su total magnitud, porque no causa necesariamente rédito patrimonial o personal, pero daña severamente a la función y a los administrados (como es el caso de las malversaciones simples que encuadran en el abuso y la infidelidad), porque se desploma la autoridad y el prestigio administrativo indispensable para llevar adelante el “acto de gobierno”¹⁶.

O sea, *se debe preservar la preeminencia* de la Administración sobre los administrados (Manzini) para salvaguarda del Estado de derecho; eso presupone un regular, eficaz y normal

¹⁶ Daniel Carrera, en su muy bueno y escueto trabajo sobre “peculado”, plantea las dos posturas sobresalientes sobre la naturaleza de este delito (cuya caracterización y persecución se perfeccionó en Roma, pero ya lo conocían los egipcios, cananeos, fenicios y otros pueblos desde miles de años antes de Cristo), en cuanto si la gravedad de este ilícito estaba fincada en el “carácter o daño patrimonial a la hacienda pública”, o en la “infidelidad o traición del funcionario al cargo o dignidad que se le había confiado” (postura romana, ya que era más grave traicionar al emperador que la “rapiña” de fondos). Hoy en día no está de más –para nada–, descartar la tesis de la “deslealtad funcional”, ya que es mucho más abarcativa de la protección penal. Reducirla al aspecto patrimonial es “achicar” el campo de observación de valores exigibles a un funcionario. La “lealtad funcional” en el manejo de la cosa pública tiene un horizonte muy superior y varios escalones más altos en la escala de valores éticos exigibles.

desenvolvimiento del acto funcional, no interesando quién lo encarne, si un funcionario o un empleado.

Basta que en forma permanente o transitoria se esté desempeñando tal función, para entrar en la esfera de la responsabilidad penal. Son múltiples los casos en que el funcionario dotado de "*imperium*" (por elección o por delegación en el desempeño de su cargo), *delega conforme a derecho* facultades que le son propias por razones o imposición de las propias labores que desempeña en el organismo o dependencia a su cargo.

Si no existiera un límite de atribución de la responsabilidad penal, se podría caer en una infinita extensión del ámbito de punibilidad de la norma, a conductas ilícitas que se desarrollen dentro del ámbito de responsabilidad de ese funcionario. Pero recalcamos que —por excepción— adherimos al criterio de Carrera, restringido a aquellos casos *en que el empleado de la Administración desempeñe actos de autoridad por delegación del superior o de la ley y en forma regular*.

Consecuentes con la idea que expresamos respecto a la protección penal, sostenemos que la misma está instaurada en razón de la función y entendemos, junto a la mayoría de la doctrina, que la regulación propuesta alcanza también al funcionario de facto, quien, aun cuando no esté revestido de las formas debidas para ocupar o desempeñarse en una determinada función, es llevada a cabo de hecho valiéndose de la coacción o de la fuerza irresistible; ya sea por la autoridad que el desconocimiento del administrado le atribuye o la situación del Estado le permita.

Penalmente, es "funcionario público" quien *participa en forma accidental o permanente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente*, y esa participación en la función pública sólo tiene lugar cuando el Estado delega en una persona la autoridad y la facultad de expresar o ejecutar esa voluntad pública en el ámbito de cualquiera de los tres poderes de gobierno.

Vincenzo Manzini (otro autor clásico insoslayable en esta clase de delitos) sostenía que función pública "es el conjunto de pensamientos, voluntad y acción que se despliega, con atributos de autoridad, en la esfera de los órganos legislativo, administrativo o judicial, con relación al Estado, a las otras

entidades públicas o a los súbditos, por obra (normalmente) de los oficios públicos o excepcionalmente por obra de los particulares”.

En base a lo expuesto, función pública debe ser entendida como aquella que en forma monopólica ejerce el Estado a través de sus elementos específicamente designados y sólo por excepción delega en algún caso a los particulares. Conforme a este autor, son “oficiales públicos” en sentido propio y exclusivamente las personas *investidas temporal o permanentemente de autoridad pública*, puesto que sólo ellas actúan en lugar y en nombre del Estado o de otra entidad pública, cualquiera sea su competencia. Pero debe recordarse que para el Código italiano estaban equiparados función y empleo público, conceptos estos que se protegían como acto de servicio estatal en favor de la sociedad.

Laje Anaya (ob. cit. p. 202) nos ilustra sobre el concepto de *función pública* diciendo que es un acto de voluntad de Estado. Son actividades que exteriorizan *imperium* del Estado. El funcionario *ad hoc*, que puede ser empleado o particular, resulta ser una excepción hasta cierto punto, ya que sus atribuciones, investiduras y límite de actuación emanan de una ley que reconoce tal carácter. Así, cobra interés la definición del maestro uruguayo Eduardo Juan Couture Etcheverry, cuando enseñaba: “*Ad hoc*: “Locución latina que se utiliza para significar determinada designación o facultad que se realiza u otorga para un solo acto o en una oportunidad especial”.

El objeto de tutela penal es nada más y nada menos que *ese valor social o individual en virtud del cual y en cuya defensa se le cede al Estado potestad y parte de la soberanía individual para que, mediante leyes nacionales, igualitarias generales y coactivas, y a través únicamente del Poder Judicial, reprima las conductas que los vulneren*.

Héctor Rojas Perellano, en su “Normativismo crítico” (FEDYE), enseñaba que el Derecho es “hecho, norma y valor”, indisolublemente unidos. No podemos analizar la ley y los hechos que la vulneran, sin tener a la vista el valor que se pretende proteger. La justificación de la existencia de un orden represivo se encuentra en la escala de valores o perspectiva axiológica que lo sustenta.

Carrara, por su parte (parág. 31, t. I), sostenía que uno de los requisitos esenciales de la conceptualización y constitución del delito es que *debe turbar moralmente en todos los ciudadanos el sentimiento de seguridad, presentando en todos los casos un daño inmediato y otro mediato*. Quizá por ello sea necesario insistir hasta el cansancio en que esta clase de delitos que se detallan en Argentina en el Título XI y otros complementarios *deben preocupar más por los efectos dañosos mediatos que por los inmediatos*, ya que en el caso de los delitos contra la Administración Pública se pretende genéricamente garantizar la seguridad jurídico-político-institucional de cada Nación.

3. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración Pública, como organización administrativa en ejercicio de funciones públicas, es vital para la interrelación entre el Estado y la sociedad, por lo cual resulta impensable una sociedad organizada jurídicamente que carezca de organización administrativa. Para algunos doctores, la Administración Pública es una ciencia.

Alejandro Carrillo Castro la define como "el sistema dinámico -integrado por normas, objetivos, estructuras, órganos, funciones, métodos y procedimientos, elementos humanos y recursos económicos y materiales- a través del cual se ejecutan o instrumentan las políticas y decisiones de quienes representan o gobiernan una comunidad políticamente organizada"¹⁷. Esto implica mantener el orden público, satisfacer las necesidades de la población y conducir el desarrollo económico y social, partiendo siempre de la base jurídica de que el acto administrativo se realiza bajo un orden jurídico, que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas particulares y concretas, dentro de un Estado de derecho, en donde

¹⁷ CARRILLO CASTRO, Alejandro, *La reforma administrativa en México, Metodología para el estudio del funcionamiento y reforma de la Administración Pública*, 1ª ed., Miguel Ángel Porrúa, Librero-Editor, México, 1988, p. 27.

toda actividad administrativa está determinada por el principio de legalidad¹⁸.

José Urquizo Olaechea considera que la Administración Pública es un sistema vivo y dinámico, dirigido, que participa de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y paraestatales, o con entidades particulares o con los ciudadanos¹⁹. Sin embargo, cuando abordamos el concepto de Administración Pública, la doctrina no es pacífica, ya que, según los diferentes autores, esta tiene varios sentidos que será necesario analizar.

Buompadre dice que “la Administración Pública, como entidad abstracta, no es el bien jurídicamente amparado por el Código Penal, sino su buen funcionamiento, materializado por los distintos órganos que la componen. Tal noción abarca a toda la actividad estatal (administrativa, legislativa y judicial), reconducible al concepto de función pública, la cual debe estar orientada a la sociedad. No hay intereses contrapuestos, ni intereses que escapen al ciudadano, ni asuntos propios del Estado. El Estado nace y se justifica para el servicio de los individuos. Fuera de esta consideración, se transforma en un ente ‘distinto’ y desde luego, muy peligroso”²⁰.

Sin embargo, parte de la doctrina sostiene que la Administración Pública como “super estructura” social creada al servicio de la comunidad en aras del bien común, debe ser objeto de protección indudable y necesariamente. Debe recordarse que el normal funcionamiento de las funciones estatales en pos del bien común es la principal función y

¹⁸ GALINDO CAMACHO, Miguel, *Teoría de la Administración Pública*, Porrúa, México, 2000, p. 30.

¹⁹ URQUIZO OLAECHEA, José, “Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración pública”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año VII-VIII, n° 12, Lima, 2002, p. 235, citado en Rojas Vargas, F., *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2007, p. 14.

²⁰ BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal*, t. 3, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 39, con cita de GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

finalidad del Derecho contravencional” (cfr. Núñez y James Goldschmidt). Esta confusión conceptual (entre objeto de protección del Derecho penal común –delitos– y el Derecho penal contravencional o administrativo –faltas–, ha hecho que muchas infracciones meramente administrativas hayan sido elevadas al rango de delito, con lo que se desvaloriza o banaliza la protección penal, que descende a sancionar infracciones (a veces nimias) disciplinarias o administrativas, generando una inflación punitiva inútil poco aconsejable, que pudo ser resuelta perfectamente en el campo del Derecho penal disciplinario o administrativo, pero no el común²¹. Creemos que coinciden Lacruz López y Melendo Pardos cuando resaltan la necesidad de que el Derecho penal intervenga como ultima ratio en su intervención tuitiva (ob. cit., p. 12).

Por su lado, Giuseppe Maggiore consideraba, en el sentido más estricto y técnico, que la Administración Pública es sólo una parte de la actividad ejecutiva y propiamente, cuanto de esta queda al excluir la actividad política o de gobierno. Este último –el gobierno– es una actividad de orden superior a la cual concierne al régimen del Estado en su conjunto unitario. Nos queda entonces que la “Administración” es una actividad de orden subordinado, que tiene por objeto intereses más circunscriptos y, de todos modos, menos esenciales. Tales serían –al decir del profesor italiano– “la defensa externa del Estado, el mantenimiento de la relaciones con los demás Estados, la aseguración del orden interno, la organización de la jurisdicción, y en general, la satisfacción de necesidades y el promover aquellos fines de elevación intelectual y moral, inseparables del progreso del Estado”²².

En sentido abstracto, la Administración Pública es el conjunto de leyes y principios que ordenan y se dirigen al cuidado, conservación y fomento de los intereses comunes y además determina las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. También se llama Administración Pública a los pode-

²¹ VILLADA, *Manual de Derecho Contravencional*. Sobre la diferente naturaleza del delito y las contravenciones: distintas teorías, Abeledo-Perrot.

²² MAGGIORE, ob. cit., vol. III, pp. 127 y ss.

res públicos que tienen a su cargo la aplicación de las leyes ejercitando la acción social.

Además, la Administración Pública puede ser entendida desde dos puntos de vista: *el objetivo y el subjetivo*. En su aspecto institucional normativo, la Administración Pública es –de acuerdo con Maggiore– el conjunto de órganos o sujetos singulares, colegiados o institucionales, de los que se sirve el Estado para conseguir los fines considerados precedentemente²³.

En sentido objetivo, se entiende a la Administración Pública como los órganos que la componen. En cambio, en sentido subjetivo, se la enfoca esencialmente en cuanto a su actividad, o a los actos de su incumbencia. Lo cierto es que ambos conceptos están estrechamente relacionados, por lo cual no es posible explicar uno de ellos sin mencionar el otro.

Cuando consideramos a la Administración Pública desde *ese aspecto objetivo*, podemos afirmar que se trata del conjunto de actividades, previstas legalmente, desarrolladas por los funcionarios públicos, mediante las cuales se realizan los fines del Estado y de las diferentes entidades públicas. Por ello tal concepción se basa en la división material de funciones estatales fundamentales (legislativa, ejecutiva y judicial)²⁴. Sin embargo, cuando se hace hincapié en el *aspecto subjetivo*, se entenderá a la Administración como la actividad realizada por los órganos a los que se considera tales. Si, en cambio, se considera su aspecto objetivo, la Administración como sujeto será aquella que está integrada por un conjunto de órganos que realizan actividades relacionadas con el ámbito estatal.

Es innegable entonces que los tres poderes clásicos del Estado y sus organismos descentralizados son personas públicas perfectamente objeto de protección legal.

Dentro de la postura subjetivista, también se destaca lo propuesto por García de Enterría, quien parte del supuesto de que la Administración Pública es una persona jurídica, y por ese motivo es un sujeto de derecho que realiza todo tipo

²³ Ídem, p. 128.

²⁴ ROJAS VARGAS, ob. cit., p. 11.

de acciones. La personificación de la Administración Pública es la base del Derecho administrativo. Dicha postura deja sin personería al Poder Legislativo y al Judicial, por considerar que estos no cumplen los mismos actos que la Administración Pública. De todas formas, ello no implica que el Poder Ejecutivo predomine sobre los demás poderes, sino más bien que son neutrales dentro del derecho interno, y en virtud de esto no poseen ningún sustrato administrable, sino que, en todo caso, entrarían dentro de la órbita del derecho constitucional²⁵.

Para no pocos autores, la noción subjetiva de la Administración Pública no es suficiente para dar una explicación razonable de algunos aspectos del Estado y de los actos que realiza. Así, se sostiene que la concepción subjetiva de la Administración, en muchas ocasiones, es incompleta para dar una respuesta satisfactoria, cuando no alcanza con la calidad del sujeto del que emana el acto. En la misma línea, González Navarro²⁶ afirma que la tesis subjetivista resulta inadecuada para los tiempos actuales, ya que la nueva realidad legislativa requiere de una nueva concepción de la Administración Pública.

Los autores mencionados consideran que el Tribunal de Cuentas, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de la Magistratura, la Unidad de Investigación Financiera, la defensoría del Pueblo y el Tribunal Constitucional son instituciones que realizan actividades administrativas, aunque no por ello forman parte de la Administración Pública en sentido estricto. Quizá porque en España está claramente separada la actividad de "gestión administrativa" estatal de las demás funciones, como la judicial o la de control de órganos externos o la legislativa. Véase el excelente trabajo de Juan Lacruz López y Mariano Melendo Pardos, cuando desde el inicio de su obra aclaran la necesidad de "poner el mayor énfasis en: el qué, el para qué y el cómo, el Derecho Penal, poniendo énfasis

²⁵ Ídem, citando a García de Enterría.

²⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, 2ª ed., Eunsa, Pamplona, 1993, pp. 437 y ss.

en sus especiales relaciones con la tutela de para comprender el papel o rol del Derecho penal; las características genéricas de los instrumentos con que cuenta el Derecho penal, para desarrollar esa función; y poner énfasis en las peculiaridades que en el ámbito de tutela de las administraciones públicas presentan las estructuras que se estudian”²⁷.

No obstante, existe actualmente una perspectiva más amplia que tiende a considerar todo lo referente a la Administración Pública. Así pues, esta comprende no sólo funciones y competencias referentes a los tres poderes sino también a las entidades de los organismos autónomos del Estado, como el Ministerio Público, el Defensoría del Pueblo o el Tribunal Constitucional, los Gobiernos Autónomos y Locales entre otros (tal como se lo ha considerado por la doctrina clásica penal argentina).

Respecto a las cuestiones relacionadas con las empresas públicas que participan de la actividad empresarial, por lo cual están adscritas a un régimen legal de derecho privado, Baena del Alcázar considera que “...las empresas pueden ser de total propiedad del Estado (o de otro ente público), pero también es posible que se recurra a la colaboración del capital privado fundándose una empresa mixta. Nuevamente encontramos en este supuesto una diferencia desde una perspectiva formal, pues frecuentemente se entiende que sólo son propiamente empresas públicas aquellas en las que el capital del Estado o de otro ente público es mayoritario. Pero hay que salir al paso de este punto de vista, pues desde la perspectiva del poder lo que importa es el control de la organización y de los recursos de la empresa y esto se consigue incluso con una participación minoritaria en los casos de accionariado disperso. Por tanto también estas empresas deben considerarse públicas”²⁸.

²⁷ *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, Dykinson, Madrid, 2013.

²⁸ BAENA DEL ALCÁZAR, *Curso de Ciencia de la administración*, p. 238, citado por ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, Grijley, Lima, 2007, p. 15.

4. BIEN JURÍDICO COMÚN A TODOS LOS DELITOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Es considerable distinguir, de modo general, dos modelos básicos existentes en la legislación penal para la protección del funcionamiento de la Administración Pública: un modelo restringido y otro amplio.

a) En el *modelo restringido*, la protección penal se limita a aspectos muy concretos del funcionamiento de la Administración Pública, sobre todo cuando son afectados por los propios funcionarios públicos. Las conductas cometidas por particulares, como no se trate de actos de participación con el funcionario público, constituyen mayormente atentados contra otros bienes jurídicos: la “fe pública”, el “orden constitucional”, etc. Por ejemplo, en el Código Penal alemán (StGB), los delitos contra la Administración Pública (“*Straftaten im Amt*”) giran en torno de los tipos penales de “cohecho” (arts. 331 y ss.), “lesiones corporales cometidas por el funcionario público” (arts. 340, 343), “exacciones ilegales” (art. 353), “revelación de secretos” (art. 353b) y una serie de delitos contra la administración de justicia. Otros tipos penales como la “violencia y resistencia a la autoridad” son vistos más bien como delitos contra la organización estatal, como en la “resistencia a la autoridad” (arts. 113 y s. StGB) o, en el caso de la “usurpación de funciones”, contra el orden público (arts. 132 y s. StGB). Y otros, finalmente, pueden ser subcasos dentro de otras figuras penales que protegen bienes jurídicos muy distintos, tal como ocurre con la “malversación de fondos”, que, interpretativamente, constituye un caso específico de “administración desleal” (art. 266 StGB) como “delito contra el patrimonio”, y que es conocida como “deslealtad en la administración del presupuesto” (*Haushaltsuntreue*)²⁹. Algo parecido ocurre con los casos de “concusión”, que están previstos como un caso agravado de las “coacciones”, cuando estas fueran cometidas por

²⁹ Mientras que la malversación en Argentina tiene para algunos autores un carácter patrimonial preponderante (R. Núñez), para otros es un delito que gira esencialmente en torno a la arbitrariedad del manejo de los fondos o bienes administrados por el funcionario (CARRERA, en “Peculado”, cit.).

un “funcionario público” abusando de sus funciones o de su posición (art. 240, cuarto párrafo, numeral 3, StGB).

El Código Penal español de 1995 introdujo el modelo “restringido”, bajo una moderna concepción del bien jurídico tutelado. Así ha considerado por separado, como delitos de falsedades (o sea, contra la “fe pública”), la “usurpación de funciones públicas” por parte de particulares (art. 402 CP español) y el “intrusismo” o “ejercicio ilegal de la profesión” (art. 403 CP español); como delito contra la Constitución, “usurpación de atribuciones” de funcionarios (art. 506 CP español) y, como delito contra el “orden público”, el “atentado o resistencia contra la autoridad” (arts. 550 y ss. CP español), así como los “desórdenes públicos” en tribunales o juzgados (art. 558 CP español). Dentro de los auténticos delitos contra la Administración Pública han quedado los casos de “prevaricación”, que incluye a los “nombramientos ilegales” (arts. 404 a 406 CP), el “abandono de destino” (art. 409 CP), la “desobediencia y la denegación a auxilio” (arts. 410 a 412 CP), la “infidelidad en la custodia de documentos” y la “violación de secretos” (arts. 413 y s. CP), las figuras de “cohecho” (arts. 419 a 427 CP) y “tráfico de influencias” (arts. 428 a 431 CP), la “malversación” (arts. 432 a 435 CP), los “fraudes y exacciones ilegales” (arts. 436 a 438 CP), las “negociaciones” y “actividades” prohibidas y “abuso de la función” (arts. 439 a 443 CP). Por separado se ha previsto la “corrupción transnacional” (art. 445 bis).

b) En el modelo amplio, en cambio, *los atentados contra el normal, regular y legal funcionamiento de la Administración Pública* son clasificados distinguiendo, de manera expresa o implícita, entre delitos cometidos por “particulares” y delitos cometidos por “funcionarios o empleados públicos”; y cada uno de los dos grupos contiene una gran cantidad de figuras. Un ejemplo de ello se puede encontrar en el Código Penal argentino de 1922 (arts. 237 a 268), el Código Penal colombiano de 1989 (arts. 133 a 165) y en el Código Penal peruano³⁰.

³⁰ ABANTO VÁZQUEZ, “El tratamiento penal de los delitos contra la Administración pública”, en *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*, 1ª y 2ª eds., Lima, 2001 y 2003, p. 43.

Teniendo en cuenta que para el Derecho Penal la Administración Pública, como bien jurídico debe ser considerada en sentido amplio (ejecutivo, legislativo y judicial), es decir, alcanza a todos los poderes del Estado, es necesario considerar que los delitos contra la misma lesionan o ponen en peligro valores e intereses sociales institucionalizados, que el Estado ha considerado valiosos para el funcionamiento del propio Estado de Derecho y, entre ellos, la Administración, en cuanto al logro de sus fines. Por lo tanto, se trata de un *bien jurídico colectivo* que busca preservar el funcionamiento correcto de la Administración Pública, protegiéndola de acciones disvaliosas en bien de la sociedad toda. De esta manera, pues el Estado será el que asuma la titularidad de sujeto pasivo; y, en caso de inmiscuirse el Estado, sólo podrá hacerlo de manera proporcional y sólo ante aquellos comportamientos que sean considerados penalmente antijurídicos.

Conviene recordar la postura de que el Derecho penal es un instrumento de control social, pero esta idea es quizás un poco imprecisa, pues puede entenderse como el control del Estado sobre sus miembros ante la posible violación de una norma, o bien se podrá pensar en que hay un control de un sector sobre la mayoría (dominante y dominado). Algo similar ocurre con la terminología que postula que el Derecho penal es un derecho "represivo", pues este lo que reprime en realidad son las acciones que lesionan las libertades de los miembros de la sociedad y no las libertades en sí.

De esta forma debe quedar claro que el fundamento del *ius puniendi* del Estado es *garantizar el normal desenvolvimiento de la vida en sociedad y remover aquellos obstáculos que se interpongan en ese desarrollo armónico, pacífico y "normal"*. Así, la función de garantizar que la sociedad pueda realizarse sólo será posible en la medida en que la teoría del bien jurídico sea clara en indicar qué y por qué se protege un bien jurídico. De esta manera se entiende por qué el bien jurídico es un límite al poder del Estado.

La génesis de la idea del bien jurídico tiene su fundamento también en la interpretación que se puede realizar del mismo a la hora de analizar una conducta disvaliosa, ya que de poder limitarse cuál es el bien jurídico que se protege, se pue-

de ver qué acciones son antijurídicas y lo lesionan y cuáles están dentro de los límites de la ley. Por otro lado, también cumple una función de sistematización, pues la cantidad de hechos delictuosos posibles requiere de una estructura que los organice. Asimismo, de acuerdo a la gravedad de la lesión, podrá ser medida la cuantía de la pena.

La institución como tal surge a mediados del siglo XIX como respuesta a las concepciones sobre delitos religiosos y como una crítica al Derecho natural que estructuraba a la Ilustración. Posteriormente la noción fue respaldada con la idea de que el bien jurídico era una “creación del Derecho”, en la cual el legislador optaba por determinar qué objeto merece protección. Esta es una concepción formal acuñada por Binding³¹. En cambio, en un intento de conformar una concepción material del bien jurídico, Von Liszt trasladó la noción a un momento previo al derecho positivo, a la realidad social³².

Hay diversas perspectivas que atribuyen materialidad al concepto de bien jurídico. Así las mismas se pueden agrupar en teorías constitucionalistas y sociológicas.

Los *constitucionalistas* parten de la idea de que el bien jurídico como límite del *ius puniendi* del Estado tiene su base en la Constitución de la Nación, pues esta otorga el rango de valores importantes a determinados bienes jurídicos. En las constituciones modernas, el valor más importante se otorga a la libertad personal, pues esta es restringida cuando alguien viola un bien jurídico protegido, a modo de pena, aunque no tenga igual grado de valor que la libertad personal.

Los bienes jurídicos pueden ser reconocidos por la Constitución, ser incluidos en el Derecho interno mediante la firma de Tratados Internacionales, también serán los tutelados en sí mismos sin referencias personales y aquellos que son constitucionalmente “integrables”, y cuya lesión supone una lesión a los protegidos en la Carta Magna.

³¹ BINDING, Karl, *Handbuch des Strafrecht*, Bd. I, Verlag von Duncker & Humbolt, Leipzig, 1885.

³² VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, traducción española de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, t. II, 2ª ed., Reus, 1927, pp. 79 y ss.

Estas teorías constitucionalistas son criticadas por quienes argumentan que si bien la Constitución es un límite a la hora de determinar cuáles son los bienes jurídicos, ella misma no debe ser el límite positivo, sino que debe ser más bien un límite negativo para la legislación penal. Por otra parte, la Constitución debe ser un marco flexible y amplio, y ello no es recomendable para la demarcación de un bien jurídico protegido en el ámbito penal.

También nos encontramos con la postura que sostiene que la limitación constitucional de los bienes jurídicos no puede ser limitada a los bienes previstos en la Constitución, pues hay sectores del ordenamiento jurídico de los que pueden desprenderse bienes a proteger, que al ser dejados de lado por esta doctrina quedarían sin resguardo.

Por último, está la idea que ataca a las teorías constitucionalistas, pues sostiene que las Constituciones, con el paso del tiempo, dejarían sin resguardo muchos bienes que pueden surgir a partir de los cambios sociales. De todas formas, los defensores de las mismas sostienen que no es necesaria una reforma de la ley suprema para incluir un bien a proteger legalmente, pues la interpretación es lo que genera los posibles cambios.

Las teorías *sociológicas*, en cambio, tienen como fundamento que la *protección de los bienes surge como necesidad de mantener el orden social*; o sea, cumplen la función de restaurar un equilibrio perdido al haber un daño social. La posible acción disvaliosa debe ser tal, respecto de la sociedad, y ello no es una cuestión meramente individual. Tal es así que hay quienes postulan que el concepto es en realidad el de dañosidad social y no el de bien jurídico protegido.

Las críticas a estas teorías tienen su principal fundamento en la poca importancia que se le da al individuo, resultado de reforzar en demasía las necesidades del conjunto social, lo que se podría solucionar con una referencia central al sujeto y no al conjunto social. Así el individuo, ubicado en una sociedad, deja de ser el centro del andamiaje jurídico.

Otra de las teorías del bien jurídico es aquella que considera que el Derecho penal debe tener como objetivo resguardar como primera medida a los individuos y no a la estructura

social en sí. Es decir, el Estado no es un fin en sí mismo, sino que debe impulsar el desarrollo de sus integrantes, por lo tanto la institución de los bienes jurídicos a tutelar deberá ser acorde con el interés que para los ciudadanos tenga el cuidado de dicho bien jurídico.

Por otra parte, encontramos que parte de la doctrina postula que es necesario que se integren ambos aspectos, es decir, la “referencia individual” y la “dañosidad social”, ya que de esta forma se posibilita un libre desarrollo del individuo dentro del entramado social. Dicha teoría es respaldada por Cerezo Mir, quien sostiene que el bien jurídico es una garantía para el ciudadano en el sentido de resguardar la posibilidad de que podrá vivir en sociedad gracias al respeto que los demás tendrán de sus libertades particulares³³.

Rudolphi postula que el bien jurídico es una unidad funcional social y no un objeto estático, ya que su función es nada más ni nada menos que dar estructura a la formación social. El Derecho penal debe –de esta forma– proteger y mantener el buen funcionamiento social³⁴.

Todas estas teorías definen cómo se puede observar el bien jurídico desde distintas posturas o puntos de vista. Esta variedad de opiniones o enfoques implica la necesidad de sentar una posición. Creemos que la idea de concebir el bien jurídico como algo meramente formal es insuficiente para explicar su origen y su función. Por otro lado, una concepción funcionalista extrema deja de lado al individuo, desequilibrando su significado. Por ello, considero la concepción más acertada, cuando pienso en una noción del bien jurídico tanto en el aspecto social como individual, tomando como función principal limitadora del *ius puniendi* del Estado, es decir, su aspecto material.

³³ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, P. General II*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 81 y ss.

³⁴ RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, *Nuevo Pensamiento Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 328 y ss.

Para poder hacer un análisis del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública, es necesario, como primera medida, realizar un breve recorrido sobre el concepto de bienes jurídicos supraindividuales, no sin advertir junto con Lacruz López y Melendo Pardos, que en países como Argentina, Brasil, España y otros, es relativamente reciente la necesidad de estudiar, analizar, reestructurar y profundizar en esta clase de delincuencia, por los ribetes escandalosos alcanzados y porque las consecuencias de la corrupción estatal y privada han generado daños individuales, colectivos e institucionales de muy dudosa reparación. Las sociedades, hasta no hace más de dos décadas (o menos), han permanecido ajenas o anestesiadas frente a esta clase delincuencia.

Esta clasificación se refiere a los bienes jurídicos que afectan *indirectamente a los individuos* y no directamente, como podrían ser aquellos que protegen la libertad, la propiedad o el honor. Los bienes *supraindividuales* son protegidos por la ley mediante la idea del peligro abstracto, pues es a través de este instrumento que se incluye la idea de una víctima difusa y no una determinada. El problema que surge frente a este tipo de protección es que la definición de los bienes jurídicos es bastante vaga y eso genera que se pueda creer en una vuelta a una enunciación formal de los mismos, que deja de lado el aspecto material.

Siguiendo a Bustos Ramírez, los bienes jurídicos pueden dividirse en tres grupos:

a) aquellos que refieren al funcionamiento del Estado serían los bienes jurídicos *institucionales*.

b) por otro lado, están los bienes jurídicos *colectivos*, que son los que protegen la satisfacción de necesidades de la población en general, y

c) en tercer lugar están los de *control*, que son aquellos que se manifiestan para controlar la organización del aparato estatal³⁵.

³⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte especial*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 312.

Sin embargo, son de enorme relevancia las tesis dominantes, especialmente en Alemania, sobre la *violación de deberes por parte de los funcionarios*, que surgen de una *relación subjetiva* “Estado–funcionario”, cuyo quebrantamiento era considerado muy grave y por ello debía ser penado con una pena mayor que una sanción administrativa, pues estos agentes habrían violado la confianza que el Estado les habría otorgado al nombrarlos como tales³⁶. Es la posición de Carrera en su libro de Peculado (que hemos mencionado) y a la que adherimos necesariamente. Si el delito funcional se “reduce” y “rebaja” al provecho obtenido del mismo, se descalifica la función pública o se la parifica en su contenido con la delincuencia común. La virtud de la tesis alemana (que sigue a la imperial romana), es castigar con mayor gravedad la “deslealtad del funcionario, que ‘traiciona’ al Estado”, con lo que agrega un “plus” ético-social revalorizante de la función pública, a la que pertenecer siga siendo un reconocimiento, una gran responsabilidad, una distinción y un honor, en lugar de una barata prebenda obtenida a cualquier precio (la más corta), reducida al pequeñísimo objetivo de haber conseguido trabajo o ganar fácilmente dinero.

Por esta razón explicada, hay quienes sostienen muy correctamente (desde el punto de vista republicano) que, aunque lo que se estaría lesionando es un bien jurídico, en realidad se *referiría a una violación del deber que los funcionarios tienen con la comunidad*, postura que es fuertemente sostenida por Stock³⁷. Lo interesante de la opinión del autor se encuentra en que sabe conectar el concepto de Administración Pública con la satisfacción de las necesidades colectivas (como en gran medida lo hace Buompadre y otros autores nacionales y que ya explicamos nos parecen insuficientes).

³⁶ Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Delitos contra la Administración pública: Estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003, pp. 31 y ss.

³⁷ STOCK, U., *Entwicklung und Wesen der Amstverbrechen*, Verlag von Theodor Weicher in Leipzig, 1932, pp. 250 y ss.

Actualmente la discusión no gira alrededor de la lesión del bien jurídico cuando hablamos de delitos contra la Administración Pública, pero aún sigue la controversia respecto *al deber que se viola*, desde el momento en que el funcionario tiene una relación muy especial con la Administración, diferente de la de los administrados y al cometer un delito que compromete dicha función en beneficio propio estaría violando dicho deber³⁸. En un sentido similar, aunque desdoblado la protección, se encuentra una violación del deber impuesto al autor y, por otro lado, hay una violación del bien jurídico que, a su vez, es custodiado por dicho deber³⁹. No en vano, los delitos contra la Administración Pública son delitos “especializados por la calidad de autor” (esto es mucho más que una frase)⁴⁰.

Es dable realizar una aclaración respecto a la lesión al “deber de cargo” y la lesión a “la relación de servicio”. El portador del cargo tiene que cumplir con una función que le fuera encomendada por el Estado. El objeto de estos delitos radica en que el ejercicio sea realizado de la manera correcta. En caso de no cumplirse con el deber en cuestión, se comete un delito contra el Estado y se daña su autoridad.

En lo concerniente a la “relación de servicio” el autor sostiene que el funcionario debe observar, según las normas, algunas funciones, guardar fidelidad al Estado y obediencia a los superiores. De esta forma si un funcionario comete un delito como el estudiado para esta tesis, hay una concurrencia de un delito y una infracción a la relación de servicio.

³⁸ VIZUETA FERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 54-55.

³⁹ GALLAS, Wilhelm, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, pp. 154 y ss.

⁴⁰ Esta distinción ya no es meramente de interés dogmático. Cuando debimos explicar a la sociedad cuál era la diferencia entre el mismo delito cometido por un particular o un miembro del Estado, recién se entendió por qué en materia de “lesa humanidad” o “desaparición forzada de personas” o “torturas” y otros, responde más gravosamente el funcionario público.

Hay además, una cantidad de doctrinarios que postulan un bien jurídico adicional: "la pureza del ejercicio del cargo". Este bien jurídico sería simplemente el orden público, en un sentido amplio. Maurach sostiene que dicho bien jurídico común no es eficaz en todos los delitos de los funcionarios de la Administración Pública, por lo que además de este habría otro bien jurídico protegido que determinar⁴¹.

Dentro de la doctrina alemana clásica hay quienes no comparten la idea de un bien jurídico único para todos los delitos del cargo. Así, Binding entiende que no basta con que el sujeto activo tenga una cualidad personal, como la de funcionario público, sino que a esto se debe sumar que la comisión del delito se efectúe durante el ejercicio de dicha función⁴². Esta postura surge de la idea que sostiene dicho autor, según la cual, cuando el Estado encomienda una función a un sujeto, lo ubica en un lugar donde podrá ser honesto o no a la hora de trabajar. Es decir que la fundamentación de delitos como este, para el autor surge en la posibilidad que tienen los agentes estatales de abusar de su autoridad para la realización de actos contrarios a derecho desde su función. De esta forma, el funcionario que delinque ataca, por una parte, a los deberes que le fueron confiados y, a su vez, al Estado que le confió su resguardo.

Entre los autores que sostienen que no hay un solo bien jurídico en los delitos cometidos por los funcionarios públicos se encuentra Wagner, quien dice que entre dichos delitos hay dos grupos: por un lado, están aquellos cuya lesión se puede imputar al Estado; y, por otro, aquello en que esta lesión no es imputable al mismo⁴³.

En los primeros, el funcionario, al cometer el delito, lesiona un bien jurídico individual, que en virtud de la relación

⁴¹ REINHARD, Maurach, *Tratado de Derecho penal*, Ariel, Barcelona, 1992. También: MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, en *Derecho penal, Parte general*, parágr. 20, III, Nota marginal 29.

⁴² Cfr. BINDING, ob. cit., p. 131.

⁴³ WAGNER, Heinz, *Amtsverbrechen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, pp. 85 y ss.

Estado-ciudadano, dicha lesión es imputada al Estado, pues el carácter del funcionario es el de *representante del Estado*.

Hasta aquí, la explicación a simple vista es similar a la de los demás autores, pero la misma se complica cuando Wagner introduce la noción de “Estado de derecho del Estado”, y en virtud de esta debe desdoblar su explicación en esta clase de delitos, pues las acciones de los funcionarios, si bien él las analiza por separado, sostiene que están unidas de forma “indisoluble”⁴⁴.

De esta forma, el sujeto activo, es decir el funcionario, al lesionar con su acción el bien jurídico, actúa por una parte en detrimento del interés particular, y por otra, este accionar se le imputa o compromete al Estado.

Como segundo grupo de delitos que distingue, encontramos aquellos en los que la lesión sólo se promueve contra el Estado. Así la lesión se produce o bien contra el Estado, o bien desde el Estado, y podría decirse en nombre de este, lo cual, como se puede observar, complica bastante las cosas, aunque sólo parezca un juego de palabras⁴⁵.

⁴⁴ Ídem, pp. 51 y ss.

⁴⁵ Ídem, pp. 51 y ss. Cabe exponer, como bien lo hace Roca Agapito, que en Alemania esta dirección es seguida además de por Wagner, en la teoría del deber del cargo como bien jurídico protegido, autores como Welzel, Gallas, Mayer, Lange, Armin Kaufmann, Roxin, Otto, Maihofer, Schmidhäuser y Schröder (en *Amtsverbrechen*, cit., pp. 50-80). El autor citado –Wagner– se muestra contrario al reconocimiento de la existencia de un bien jurídico común a todos los delitos del cargo, y en todo caso, en contra de la infracción del deber del cargo como contenido total del injusto común en dichos delitos. Así también Wagner divide los delitos de los funcionarios públicos (*Amtsdelikte*) en tres categorías: “delitos imputables al Estado, puros delitos no imputables al Estado y delitos no imputables al Estado lesivo de bienes jurídicos individuales”. De todas formas, parece el autor haberse inspirado en el parecer de BINDING, “Die Amtsverbrechen und seine legislativischen Behandlung”, en GS, vol. 64 (1904) pp. 1 y ss., “de que el abuso por un funcionario de su posición de poder a través de una acción antijurídica no supone que el Estado no ha cometido ningún injusto” (véase ROCA AGAPITO, Luis, *El delito de malversación de caudales públicos*, J. M^a. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 45 y ss.).

a) *Violación al deber como lesión del bien jurídico protegido.*

Las teorías sobre la violación del deber han sido criticadas, pues las mismas son consideradas autoritarias por no tener en cuenta que la Administración y los funcionarios que en ella trabajan están al servicio de los ciudadanos y no estos al servicio de la misma. Lo importante en este caso es el deber de la Administración y de quienes la representan, es decir, sus funcionarios, y cómo estos actúan. Es decir que lo fundamental es el bien jurídico que estos atacan o perjudican.

La obediencia que se debe tener no es, en sí, un bien jurídico que se protege. En cambio, se preserva que el cumplimiento con todo aquello que depende de ser realizado a partir de la obediencia en cuestión. En este orden de ideas, Octavio de Toledo concluye que los delitos de esta clase son cometidos por las personas que ejercitan la función pública, y así lo que se protege, es decir el bien jurídico tutelado, es el correcto funcionamiento de la función pública⁴⁶. Bacigalupo agrega que además de lesionar el buen funcionamiento de la Administración, debe generarse un quebrantamiento de la confianza pública⁴⁷.

Olaizola Nogales sostiene que lo importante es entender que este bien jurídico, cuando protege el buen funcionamiento de la función pública, lo hace pensando en que esta ha de funcionar con *imparcialidad, legalidad y objetividad*. Es decir que los ciudadanos que en ella desempeñan funciones deben prestarlas de acuerdo a los criterios establecidos por la norma⁴⁸.

b) *La doctrina española* ha defendido la concepción de “infracción del deber del cargo”, pues ha considerado, al menos

⁴⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 243 y ss.

⁴⁷ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios”, en “Documentación Jurídica, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal”, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, p. 1099.

⁴⁸ OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 304 y ss.

su mayoría, que los delitos previstos para los funcionarios públicos tienen en común este elemento. Octavio de Toledo, si bien ha considerado que la agrupación de estos delitos en un mismo capítulo obedece a un criterio de interpretación muy particular, es comprensible que la misma haya ocurrido de esta manera, pues lo que se ha privilegiado es la relación de los sujetos activos del tipo con la Administración Pública y, a partir de esta relación, la infracción es considerada el elemento esencial de la antijuridicidad del tipo⁴⁹. Por su lado, Jaso Roldán consideró que la única posibilidad de unir estos delitos es la violación del deber, pues hay ciertas acciones que no llegan a ser configurativas de un delito y sí lo son de una infracción elevada a la calidad de delito⁵⁰.

Actualmente, y a partir de los trabajos de Octavio de Toledo, esta concepción ha pasado a ser considerada totalitaria, pues considerar que el deber de cargo es el objeto de protección forma parte de una postura formalista y abstracta que requiere de una limitación posterior, lo cual resulta contrario a la función enmarcadora que debe cumplir el bien jurídico⁵¹.

Así como se ha planteado que no hay un bien jurídico común a todos los delitos del grupo, y pensando que lo mejor es consignar en cada caso los intereses jurídicos afectados para cada una de las conductas, Rodríguez Devesa señala que estos delitos se configuran con un abuso de poder en relación con el bien jurídico lesionado o puesto en peligro⁵². Completando esta tesis, Sainz de Robles explica que el funcionario, al acceder a su cargo, accede también a determinados medios, facultades y poderes que son útiles a su función y, por ello, el abuso de poder será tal en el momento en que dicho funcionario haga uso de estos medios abusivamente. De esta

⁴⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, ob. cit., pp. 243 y ss.

⁵⁰ JASO ROLDÁN, Tomás y RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal, Parte especial* (dirigido por J. A. Rodríguez Muñoz), Gráfica Administrativa, Madrid, 1949, pp. 192 y ss.

⁵¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, ob. cit., pp. 268 y ss.

⁵² RODRÍGUEZ DEVESA, José M., *Derecho penal español, Parte especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, pp. 1125 y ss.

forma, la relación entre funcionario y Administración Pública es inseparable⁵³.

Octavio de Toledo sostiene la tesis que se oponía a la violación de un deber en el cargo, argumentando, como se explicara anteriormente, que el bien jurídico que se protege en este título del CP es la función pública, entendiendo a esta como el conjunto de las funciones (legislativa, ejecutiva y judicial) no dimanantes de los poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) sino del Estado, desempeñadas por este en la persecución de su fines. Esta concepción del Estado como persona genera que la Administración no pueda ser asociada a uno de los poderes, sino una persona jurídica con diversas funciones, entre ellas la de administrar⁵⁴.

Por su parte, García Arán, si bien apoya la postura de Toledo, no hace distinción entre la Administración-función y Administración-persona, sino que le da importancia al análisis de las funciones del Estado dentro del marco constitucional y del contenido de las funciones que presta, sus fines y su beneficio para el administrado⁵⁵.

En Europa continental, la Administración Pública fue considerada desde el comienzo de la etapa moderna, en donde florecen los Estados-nación, como una persona jurídica, y sus distintos poderes sólo como distintas funciones de una misma persona jurídica. Es la concepción heredada en la mayor parte de Latinoamérica.

En España esto no fue tomado como antecedente sino que, por el contrario, se consideró a la Administración Pública sólo

⁵³ SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, Celia, "Contribución a la Teoría general de los delitos de los funcionarios públicos", pp. 141-208, Tesis doctoral inédita, Valladolid, 1985, citada también por Roca Agapito, ob. cit. Véase SAINZ DE ROBLES, pp. 43 y ss.

⁵⁴ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, ob. cit., pp. 268 y ss. De esta forma, la idea esencialmente perseguida por el autor es la de individualizar a partir de las diversas singularidades y no determinar la protección de un modo sintético, sino de una forma analítica.

⁵⁵ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 37 y ss.

desde el costado de la Administración del Estado (gestión administrativa) y no el Estado como persona.

Algunas de las ideas de cómo tomar al Estado y a la Administración Pública fueron esgrimidas por García de Enterría, quien consideraba que la personalidad jurídica del Estado sólo era tal en tanto Estado en relación con sus pares, es decir, en el seno del derecho internacional. En su aspecto interno sólo tendría personalidad jurídica la Administración Pública, concepto que surge del art. 103.1 de la Constitución española. Así, esta es una organización servicial de la comunidad, que “aparece con personalidad jurídica propia y para el derecho administrativo es un sujeto de relaciones jurídicas”⁵⁶.

Santamaría Pastor, en cambio, sostiene que el Estado (español) no tiene personalidad jurídica sino que sólo los entes administrativos la poseen. Tal personificación sólo sería parcial, pues su fin sería regularizar lo que de hecho ocurre en la gestión⁵⁷.

c) La postura italiana en los delitos contra la Administración Pública. Antes de entrar a analizar los delitos contra la Administración Pública en la legislación italiana, es preciso definir qué se entiende por ella para dicho Estado. Según quien fuera Ministro de Justicia a la hora de la sanción del Código Penal italiano, Rocco, el sentido que se le confiere a la Administración Pública en esta norma es amplio, pues *la misma es comprensiva de toda la actividad del Estado y de los entes*

⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, 9ª ed., t. I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 27-28 y ss. El autor considera que lo que define a la Administración pública no son las actividades funcionales ni el complejo orgánico institucional, sino y sobre todo la consideración para el Derecho administrativo de que es persona jurídica. En contra de esta postura se encuentra el planteamiento de López Guerra, quien sostiene que negar la personalidad jurídica del Estado implica dejar en una especie de limbo legal a todos aquellos entes no personificados (Cortes, Tribunales, Corona), lo que no ocurriría si se los considera parte de una persona jurídica estatal.

⁵⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo* I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 61.

*públicos. Es decir, se tutela la administración del Estado, pero también las funciones legislativas y judiciales*⁵⁸.

De esta forma, la mayoría de la doctrina posterior a la sanción del Código Penal de 1930 hace alusión a la totalidad de la Administración Pública, tanto en su aspecto objetivo, en tanto Estado, como en su aspecto subjetivo, en cuanto a las funciones que de ella surgen (administrativos, legislativos y judiciales).

En cambio, para Pannain, la noción de Administración Pública en el Derecho penal es distinta de la concepción de Administración Pública para el Derecho administrativo, pues esta abarca sólo las cuestiones administrativas⁵⁹.

Siguiendo el análisis, encontramos la opinión de Tagliarini, para quien es necesario contemplar el *sentido amplio de la Administración Pública*, pues al haberse producido un cambio en la legislación, y por ende en el colectivo social, es diferente la visión que se tiene de la misma. Así las cosas, si se mantiene que la Administración abarca todas las funciones del Estado, esto hace que se pierda especificidad a la hora de poder limitarla, analizarla e incluso normarla⁶⁰.

En el mismo orden de ideas, Balsano sostiene como interés que la norma penal tutela propiamente el deber de observancia por parte de los funcionarios y de los dependientes de la fidelidad del servicio o del cargo, entendido como el buen uso de las funciones y el respeto de las reglas en las relaciones con terceros⁶¹.

⁵⁸ El Código Italiano es de 1930, habiendo entrado en vigencia el 1º de julio de 1931 y Alfredo Rocco fue Ministro de Justicia desde enero de 1925 y 1932.

⁵⁹ PANNAIN, Aldo, "Brevi note in tema di peculato", en *Archivio Penal*, II, p. 516.

⁶⁰ TAGLIARINI, Francesco, *Il concetto di pubblica amministrazione nel Codice penale*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 114-119. La mayoría de los autores defienden como bien jurídico protegido en estos delitos el regular desenvolvimiento de las funciones públicas, sin perjuicio de hacer referencia también al prestigio, decoro y también a los deberes de fidelidad. En el mismo sentido, RANIERI, Silvio, en *Manuale di Diritto penale, Parte speciale*, 2ª ed., Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padua, 1962.

⁶¹ BALSANO, Luigi, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Pellegrini, Cosenza, 1991, pp. 19 y ss.

5. EN CUANTO A LA CORRUPCIÓN PROPIAMENTE DICHA

Se sostiene que genéricamente pero *en lo inmediato*, con las figuras típicas que penalizan las conductas delictivas de contenido o finalidad patrimonial, se pretende “garantizar el correcto funcionamiento de la administración que –como señala Creus–, pueda ser afectado por la venalidad de sus funcionarios”. Esto significa, en otras palabras, evitar que los servidores públicos se dejen comprar o sobornar con dádivas o regalos. Otra línea de opiniones, sostiene que en materia de delitos contra la Administración la corrupción sólo preocupa en cuanto interesa preservar el patrimonio estatal (de la sociedad).

Feuerbach, con la visión propia del siglo XIX, sostenía que la *corrupción* era cometida por un funcionario del Estado que aceptaba una ganancia que se le ofrecía voluntariamente, o que se le prometía en razón del ejercicio de su autoridad y que no estaba legalmente habilitado para exigir y por quien ofreciera o proporcionara esta ganancia (al que debía considerarse coautor). Pero más allá, en sentido lato, la corrupción estatal debe preocupar también cuando la conducta funcional traiciona el mandato que le ha sido conferido al servidor público en su misión de representar al Estado, porque hoy por hoy son múltiples las modalidades de ilicitud que se pueden cometer por infidelidad, abuso o aprovechamiento del cargo o función.

Manzini, por su parte, en el parágr. 1322 de su obra citada, enseñaba que la protección penal estaba puesta en el interés de preservar las funciones y servicios públicos de los *peligros y daños* de las indebidas retribuciones particulares, aun por los actos legítimos que no se comportan; o de la *venal traición* de los oficios y servicios, como así también se encamina esta tutela a la necesidad de impedir el accionar de las *causas externas* que concurren a determinar estos efectos.

En Roma –nos refiere Soler– existían funciones que debían desempeñarse *ad honorem*. Sin embargo, la magnitud del Imperio facilitaba que los funcionarios se enriquecieran *vendiendo sus actos de autoridad*. De allí en más, al incumplimiento de los deberes funcionales cuando debían prestarse gratuitamente sólo había un paso.

La Convención Interamericana contra la Corrupción (marzo de 1996, Caracas) define en su art. VI, incs. a, b, y c, como *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 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 acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero.

c) La realización por parte de un funcionario público o 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 su autor, coautor, 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.

Como se puede ver, en el caso de Argentina, a los fines de precisar la naturaleza y alcance de los actos de corrupción y venalidad, no interesa que el funcionario efectivamente *haga o deje de hacer, retarde, utilice influencias o no, gane, deje de ganar, se beneficie o beneficie o no*. Bastará y alcanzará con:

a) la recepción de dinero u otra dádiva *encaminada a tales objetivos*;

b) la aceptación de una promesa con aquel fin;

c) que traicione la naturaleza de sus funciones;

d) que abuse de su autoridad en cualquier sentido.

Se trata entonces de *preservar el normal desenvolvimiento de toda función pública motivado por la conciencia del deber*

y la vocación de servicio, dentro de la legalidad. Se pretende mantener incólume, insospechable, el prestigio de la Administración frente a los administrados. Se persigue impedir que el concepto de “recompensa”, “dinero”, “precio” o “enriquecimiento espurio” envilezca y desprestigie la función pública. En suma, los delitos que configuran ataques al patrimonio público o la malversación del mismo de cualquier manera, son ilícitos perpetrados por funcionarios públicos que tienen contenido o finalidad patrimonial o de lucro (compra de favores, negociaciones prohibidas, abusos de poder para obtener beneficios y enriquecimiento ilegítimos), aun cuando no benefician al autor.

Pero, por otra parte, la complejidad de determinados delitos modernos, como ocurre con el crimen organizado o los de naturaleza transnacional, que demandan el ingreso o cooptación de funcionarios públicos para facilitar la comisión de tales ilícitos, o la utilización de las mismas estructuras estatales para camuflar la actividad ilícita de la que provienen muchos de esos recursos, ha incrementado el número de prácticas y funcionarios corruptos dentro del mecanismo de acción estatal.

Con ello, le asiste razón a muchos autores como Lacruz López y Melendo Pardos, quienes desarrollan toda la gama de ilicitudes posibles de abarcar, dentro del título general de su obra *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, con o sin intervención de funcionarios públicos pero reafirmando la idea central (genérica) de que *la tutela penal apunta a la calidad de la función pública*, lo que conduce a que hoy se replantee la manera de legislar y necesidad de reubicar las figuras, precisando el objeto de ataque (BJP) y el modo en que el mismo es vulnerado (delito). Quizás el primer paso lo ha dado la doctrina, cuando estructuró una hipótesis genérica de “delitos en lo penal económico”, que en algunos países fue seguido por la creación de Tribunales especiales dedicados a ello, pero la legislación en general sigue dispersa y repartida en diversos títulos del C.P. Esta deuda pendiente de la política criminal ha sido parcialmente saldada por la legislación española –como se ha visto–, pero en otras (la mayoría) la dispersión normativa es acuciante y contribuye a la impunidad,

ya que hay “vacíos” legales que llenar, cuando no se terminan legislando como delitos, verdaderas formas de faltas disciplinarias o administrativas.

A todo evento y como colofón, se debe remarcar que más allá del objeto inmediato de ataque, estas conductas delictivas necesariamente *afectan la imagen, el prestigio y la preeminencia de la Administración*, ya que la corrupción funcional en todas sus modalidades (incluyendo abusos de poder, mala praxis funcional, usurpación de funciones, deslealtad en el cargo u otras), sumen al administrado en una situación de profunda vulnerabilidad y despreimiento, llegando a descalificar al Estado de Derecho, minando la confianza en sus instituciones y finalmente socavando la República y la Democracia.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁZQUEZ, “El tratamiento penal de los delitos contra la Administración pública”, en *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*, 1ª y 2ª eds., Lima, 2001 y 2003 p. 43.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios”, en *Documentación Jurídica, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, p. 1099.
- BAENA DEL ALCÁZAR, *Curso de Ciencia de la administración*, p. 238, citado por Rojas Vargas, *Delitos contra la Administración pública*, Grijley, Lima, 2007, p. 15.
- BALSANO, Luigi, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Pellegrini, Cosenza, 1991, pp. 19 y ss.
- BINDING, Karl, *Handbuch des Strafrecht*, Bd. I, Verlag von Duncker & Humbolt, Leipzig, 1885.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte especial*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 312.
- CARRILLO CASTRO, Alejandro, *La reforma administrativa en México, Metodología para el estudio del funcionamiento y reforma de la Administración Pública*, 1ª ed., Miguel Ángel Porrúa Librero-Editor, México, 1988, p. 27.

- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, P. General II*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 81 y ss.
- DE TOLEDO, Octavio y UBIETO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 243 y ss.
- GALINDO CAMACHO, Miguel, *Teoría de la Administración Pública*, Porrúa, México, 2000, p. 30.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 37 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, 9ª ed., t. I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 27-28 y ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, 2ª ed., Eunsa, Pamplona, 1993, pp. 437 y ss.
- JASO ROLDÁN, Tomás y RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal, Parte especial* (dirigido por J. A. Rodríguez Muñoz), Editorial Gráfica Administrativa, Madrid, 1949.
- MAURACH, Reinhard, *Tratado de Derecho penal*, Ariel, Barcelona, 1992.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 304 y ss.
- PANNAIN, Aldo, "Brevi note in tema di peculato", en *Archivio Penal*, II, p. 516.
- RANIERI, Silvio, en *Manuale di Diritto penale, Parte speciale*, 2ª ed., Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padua, 1962.
- ROCA AGAPITO, Luis, *El delito de Malversación de caudales públicos*, J. Mª. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 45 y ss.
- ROCCO, Arturo, *El objeto del delito y de la tutela jurídico penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2013.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José M., *Derecho penal español, Parte especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, pp. 1125 y ss.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 328 y ss.
- SAINZ DE ROBLES Santa Cecilia, Celia, "Contribución a la Teoría general de los delitos de los funcionarios públicos", Tesis doctoral inédita, Valladolid, 1985.

- SANTAMARÍA PASTOR, Alfredo, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 61.
- STOCK, U., *Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen*, Verlag von Theodor Weicher in Leipzig, 1932, pp. 250 y ss.
- TAGLIARINI, Francesco, *Il concetto di pubblica amministrazione nel Codice penale*, Giuffré, Milano, 1973, pp. 114-119.
- URQUIZO OLAECHEA, José, "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración pública", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año VII-VIII, n° 12, Lima, 2002, p. 235.
- VARGAS, F., *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2007, p. 14.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Delitos contra la Administración pública: Estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003, pp. 31 y ss.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, traducción española de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, t. II, 2ª ed., Reus, 1927, pp. 79 y ss.
- WAGNER, Heinz, *Amtsverbrechen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, pp. 85 y ss.

CORRUPCIÓN POLÍTICA Y DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. UNA APROXIMACIÓN INTRODUCTORIA

JUAN M. TERRADILLOS BASOCO

1. INTRODUCCIÓN

El análisis conjunto de los elementos integrantes del tándem “corrupción política-delitos contra la Administración Pública” no responde a una decisión caprichosa. Porque estos delitos son el instrumento tradicionalmente utilizado en las prácticas subsumibles en el concepto criminológico –y, parcialmente, normativo– de corrupción.

Por tanto, la identificación de los delitos a estudiar aquí requiere la delimitación del bien jurídico, a través de cuya afectación se provoca la corrupción como consecuencia.

2. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La rúbrica legal más utilizada por nuestras leyes penales remite inequívocamente a un bien jurídico: la Administración Pública. La equivocidad surge, sin embargo, a la hora de determinar lo que debe entenderse por tal.

Las múltiples propuestas doctrinales sobre el concepto¹ no deben ocultar que nacen para cubrir necesidades de interpretación en áreas del ordenamiento jurídico muy diferentes entre sí, que obedecen a principios y objetivos propios. Para

¹ BASILICO, Ricardo Ángel, *Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función*, Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2014, pp. 156-159. En <https://idus.us.es>.

el Derecho penal solo pueden resultar útiles definiciones que enraícen en lo jurídico (principio de legalidad) y que admitan la incorporación de elementos de antijuricidad material (principio de lesividad).

Ambos elementos están presentes en el art. 103, Constitución Española (CE): “1. La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. 3. La ley regulará (...) las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

Con este punto de partida –válido también, aun sin el apoyo de la expresa referencia constitucional, para otros ordenamientos– se puede aceptar que el bien jurídico protegido se identifica con el ejercicio, dentro de los parámetros constitucionales (legalidad, transparencia, igualdad, división de poderes, etc.) de las funciones asignadas a las administraciones públicas.

Es denominador común a esas funciones el objetivo de “satisfacer las necesidades básicas de los habitantes para su autorrealización personal”². Pero ese objetivo, por su carácter abstracto y global, no puede quedar integrado, como bien jurídico, en todos y cada uno de los tipos penales, que, en aras del respeto tanto al principio de legalidad como al de eficacia, han de identificar en cada caso la función pública concreta tutelada.

Las figuras delictivas agrupadas por los distintos ordenamientos bajo la rúbrica de delitos contra la Administración Pública no siempre responden a esa caracterización. El Código Penal español (CPE), p. ej., segrega de este tronco común los delitos contra la Administración de Justicia, que lleva a un Título distinto, mientras el Código Penal argentino (CPA) (arts. 269 a 276) prefiere mantenerlos en el Título XI. La misma ubicación tienen los atentados y resistencias a la autoridad (arts. 237 a 243), los encubrimientos (arts. 277 a 279) o los quebrantamientos de con-

² DE LUCA, Javier Augusto, *Delitos de funcionarios públicos*, ponencia al VIII Encuentro de la Asociación de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina, 17/10/08, p. 2.

dena (arts. 280 a 281 bis), que apuntan a bienes jurídicos no identificables con la Administración Pública, *stricto sensu* entendida, con la que solo se relacionan a través de la presencia del funcionario público, como agente o, incluso, como víctima.

Si no son todos los que están, tampoco están todos los que son: deberían ser considerados delitos contra la Administración Pública, por afectar en forma negativa y relevante a la función pública, ciertos delitos que escapan a los límites de la rúbrica específica. Así, p. ej., ciertos delitos de funcionarios³, o los relativos a la financiación ilegal de partidos políticos, objeto en Argentina de regulación *extra codicem* (ley 26.215, 15/1/07) e incluidos en España en el CPE, pero en un Título independiente, el XIII bis⁴.

3. CORRUPCIÓN POLÍTICA

3.1. Los delitos de corrupción política

No ayuda demasiado a elaborar el elenco de delitos “de corrupción” el CPE, que tradicionalmente ha reservado el término para ciertos delitos contra la indemnidad sexual de menores o incapaces. Solo a partir de la reforma operada por la LO 5/2010⁵ se hizo lugar, con *nomen iuris* propio y entre los delitos económicos, a “la corrupción entre particulares”, que la LO 1/2015 convertiría en “Delitos de corrupción en los negocios”. Ciertamente el Preámbulo (I y XIX) de la LO 1/2015 se refiere a las reformas introducidas “en los llamados delitos de

³ DE LUCA, *Delitos...*, cit., p. 1.

⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Partidos políticos y corrupción política. Algunas estrategias político-criminales”, en Medina Cuenca, Arnel (coord.), *Luces y sombras de la reforma penal y procesal en Iberoamérica. Libro Homenaje al profesor Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar*, UNIJURIS, La Habana, 2017, pp. 47-48.

⁵ Impulsada por el Convenio penal sobre la corrupción, del Consejo de Europa de 27/1/99 y por el Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 3 del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 26/5/97.

corrupción en el ámbito de la Administración Pública”, pero el articulado del Código sigue recurriendo a las tradicionales terminologías y elude aceptar una categoría autónoma de delitos de corrupción pública.

En los ordenamientos latinoamericanos se encuentran ejemplos representativos de las tres posibles opciones en la materia: el CPA, a semejanza del español, reserva el término para delitos de contenido sexual contra menores (art. 125); en Costa Rica, el CP denomina corrupción tanto a esas conductas (arts. 167-168) como a ciertos delitos contra la salud pública y a delitos específicos de corrupción de funcionarios, incluidos los jueces (arts. 348 a 351); y el modelo uruguayo se decanta por confiar a una ley especial, la “Ley de prevención y lucha contra la corrupción”, la tarea de definir estos delitos⁶.

En el plano sociológico y, por ende, en el lenguaje coloquial, la corrupción política comporta enriquecimiento ilícito, directo o indirecto, del funcionario dirigido a desviar el funcionamiento de lo público⁷. Es la corrupción acotada por su marco, sus sujetos y sus objetivos: respectivamente, actuación en el seno de las instituciones públicas y utilización espuria de sus instrumentos específicos; protagonismo de autoridades, funcionarios y empleados públicos, titulares de competencias y poderes específicos; y supeditación de los objetivos públicos, normativamente definidos, a intereses de otra naturaleza.

En política criminal se distinguen dos formas de abordar la corrupción que, aunque presentan zonas secantes, no se identifican.

La primera, que se corresponde con una de las acepciones recogidas por el DRAE – “sobornar a alguien con dádivas”–, se

⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Corrupción política: consideraciones político-criminales”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2017 (1), p. 7. En www.ejc-reeps.com.

⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración pública”, en Ferré Olive, Juan Carlos (ed.), *Fraude y corrupción en la Administración pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. 3, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, p. 176.

centra en el enriquecimiento del funcionario, obtenido a través de la aportación económica del particular: el comportamiento *contra legem* del funcionario resulta beneficioso para el particular corruptor; y la dádiva, con la que este incentiva o recompensa aquel comportamiento, resulta beneficiosa para el corrupto⁸. El cohecho se yergue, junto al tráfico de influencias, en la figura paradigmática de este tipo de corrupción.

Así, el Convenio penal sobre la corrupción (Convenio 173 del Consejo de Europa), de cuyo cumplimiento se encarga el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), abarca, en sus arts. 2 a 14, un amplio abanico de conductas de corrupción activa y pasiva tanto de funcionarios *-lato sensu-* nacionales, extranjeros e internacionales, como de sujetos privados, además del blanqueo del producto de estos delitos y de los delitos instrumentales a la corrupción. Todas ellas incorporan “el hecho de proponer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a uno de sus agentes públicos, para sí mismo o para algún otro”.

A esta línea que enfatiza el elemento “soborno” y, en consecuencia, relativiza la importancia del resultado lesivo para los intereses públicos, se afilia, bien que parcialmente, el CPE, que incluye, en el Título XIX, como delitos contra la Administración Pública, figuras que incluyen uno, otro o ambos elementos, pero que establece una diferencia importante entre los que suponen enriquecimiento del funcionario público y los que no: las penas de prisión se reservan, en términos generales, a los casos de lucro probado; y el art. 127 bis prevé el decomiso por sospecha para cohecho y malversación *-que comportan enriquecimiento-*, pero no para otros del Título XIX.

La segunda modalidad posible para abordar la corrupción parte de la noción etimológica: la *corruptio* *-también recogida en el DRAE-* es alteración de una sustancia por descomposición. Lo relevante aquí no es tanto el medio *-la dádiva-* sino el resultado, que traiciona los objetivos sociales legalmente impuestos a las Administraciones públicas.

⁸ DE VERGOTTINI, Giuseppe, “Una road contro la corruzione”, *Percorsi Costituzionali*, 2012 (1/2). En <http://magna-carta.it>.

Esta acepción se asienta en un concepto amplio de corrupción política, como conjunto de las malas prácticas –graves– de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos⁹, y responde, en el plano criminológico, a la conocida ecuación de Klitgaard: $C=M+D-A$, siendo C corrupción; M, monopolio en la toma de decisiones; D, discrecionalidad, y A, rendición de cuentas.

Una definición de este tipo es la que maneja el Fondo Monetario Internacional (FMI), que incluye junto al tradicional “abuso de la función pública en beneficio privado”, otros comportamientos que no reportan ganancias económicas al funcionario corrupto¹⁰. Y es también la acepción utilizada en España por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), cuyo “Repositorio de datos sobre procesos por corrupción” va referido a: ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico, prevaricación, infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, abusos en el ejercicio de su función y corrupción en las transacciones comerciales internacionales¹¹.

La clase política española se decanta por limitar la corrupción a los casos en que se superponen perversión de lo público y enriquecimiento. Naturalmente: les resulta más amigable un modelo de impunidad para quienes violan mandatos constitucionales en la gestión de proyectos y dineros públicos, si no se puede probar la concurrencia de soborno. Cuando el político de turno puede autoexculparse con la expresión vulgar más utilizada: “He podido meter la pata, pero no la mano”¹².

⁹ FERRÉ OLIVE, Juan Carlos, “Corrupción y delitos contra la Administración pública”, en Ferré Olive, Juan Carlos (ed.), *Fraude y Corrupción en la Administración pública*, vol. 3, p. 14.

¹⁰ INTERNATIONAL MONETARY FUND, FISCAL AFFAIRS DEPT., *Corruption: Costs and Mitigating Strategies*, International Monetary Fund., 11/5/16, p. 4. En www.imf.org.

¹¹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Repositorio de datos sobre procesos por corrupción*: www.poderjudicial.es.

¹² TERRADILLOS BASOCO, “Corrupción política...”, cit., p. 8.

Las estrategias político-criminales frente a la corrupción han de entenderla en este sentido amplio, porque solo serán eficaces si abordan la lucha contra los delitos que, aunque no hayan reportado –o no se haya probado– una contraprestación ilícita al funcionario, generan la lesividad específica de la corrupción política: dañosidad para con los derechos e intereses de mayorías significativas, damnificadas por la asignación perversa de los recursos a la satisfacción de intereses espurios.

3.2. *Corrupción política y criminalidad económica organizada*

Si la eficacia político-criminal exige manejar un concepto de corrupción política como el propuesto, lo cierto es que en términos estadísticos la corrupción que lleva a las administraciones públicas a traicionar su vocación legal de servicio público viene incentivada por contraprestaciones de distinta naturaleza (ascenso político, poder y estatus, sexo, sigilo sobre la vida personal no ortodoxa o delictiva, etc.) en forma de dádiva que soborna.

Se genera así, en la mayoría de casos, una relación sinagmática entre corrupto y corruptor, que, cuando se consolida, aborda objetivos más ambiciosos, aporta medios más complejos y se convierte en criminalidad económica organizada, y como tal es analizada por la Criminología.

La lesividad de esta delincuencia es fruto de las sinergias concurrentes.

En primer lugar, se producen los efectos propios de la criminalidad socioeconómica: resaca o espiral (quien delinque primero presiona a hacerlo a sus competidores) y reacción en cadena (cada víctima repercute los perjuicios en otros agentes económicos).

A ellos se añaden los efectos “institucionales” de la corrupción política¹³: ineficiencia administrativa, aberrante asignación de recursos, postergación de los intereses públicos y de los objetivos sociales. En concreto, los costes económicos de

¹³ RIQUERT, Fabián Luis, “Corrupción en Latinoamérica”, en *El Dial.com*, 2016. En www.eldial.com.

la corrupción, que en España lastran el crecimiento de la economía en un 1% anual, minimizan la rentabilidad de los proyectos empresariales, incrementan la incertidumbre, reducen los niveles de inversión, desvían recursos humanos y financieros para influir en los órganos de decisión pública en lugar de asignarlos a actividades productivas y orientan los esfuerzos hacia la búsqueda de privilegios desincentivando el emprendimiento y la innovación: en síntesis, menor productividad, mayor desempleo y salarios inferiores a los que serían posibles con la tecnología y el capital humano disponible¹⁴.

A lo que se añaden, como efectos *ad intra*, la progresiva perversión de las instituciones públicas y de sus funcionarios –impulsados a delinquir cuando comparan sus escasos emolumentos con el enriquecimiento fulgurante de sus colegas menos estrictos–, y la garantía de impunidad que el omnipotente aparato administrativo brinda a los *intranei*, con el consiguiente menoscabo de la impotente justicia penal¹⁵.

Y, finalmente, las consecuencias de la criminalidad organizada: en el seno de esas estructuras delincuenciales, las decisiones de inducir a la corrupción, o de aprovecharse de ella, tienen un precio, satisfecho por el delincuente de cuello blanco, en el ámbito de su actividad profesional-empresarial, a la vista de los beneficios económicos que le puede reportar la ilegal operación. Beneficios, a su vez, ingentes: tienen un alto coste, tanto como importantes sean las competencias del sujeto corrupto, y, por lo mismo, se espera lograr mediante su pago una rentabilidad no accesible a la delincuencia patrimonial tradicional y solo posible en el entorno de las grandes obras públicas, de la concesión de servicios –vitales en buena parte de casos para amplios sectores de población–, de privatizaciones con rentabilidad anunciada, etc.¹⁶.

Los ciudadanos no son indiferentes a estos datos.

¹⁴ En www.eldiario.es.

¹⁵ TERRADILLOS BASOCO, “Corrupción política...”, cit., p. 4.

¹⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Estrategias político-criminales frente a la corrupción política. Apuntes desde la experiencia española”, *Revista Penal. México*, 2016/2017-1/2, p. 231.

Los baremos de percepción de la corrupción, que anualmente publica Transparencia Internacional (TI), dan fe de cómo se visibiliza el fenómeno. Nueva Zelanda, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suiza y Singapur ocupan los primeros lugares en el ranking de países (percibidos como) menos corruptos, con puntuaciones que van de 89 a 84 puntos, en el índice correspondiente a 2017. Uruguay (70 puntos, puesto 23°), Chile (67 puntos, puesto 26°), y Costa Rica (59 puntos, puesto 38°) encabezan la lista de países latinoamericanos; lejos de ellos, Argentina se sitúa en el puesto 85°, con 39 puntos y Perú en el puesto 96°, con 37. España ocupa el lugar 42°, con 57 puntos¹⁷, muy lejos del 28° con 65, que registró en 2008.

El índice sobre no-corrupción publicado para 2017-2018 por *World Justice Project* aporta una imagen semejante: Dinamarca, Noruega, Suecia, Singapur y Finlandia ocupan los cinco primeros lugares, mientras que los Estados latinoamericanos más avanzados son Uruguay, que con un *score* de 0,76 ocupa el puesto 18°; Chile, con 0,69, el 26°; Costa Rica, con 0,68, el 27°. La puntuación de España es de 0,71 y el puesto, el 24°; la de Argentina, 0,53, en el puesto 51°¹⁸.

En España, la corrupción, como fenómeno social, es el primer motivo de preocupación, solo por detrás del desempleo¹⁹. Sin embargo, apenas un 15% de ciudadanos se sienten personalmente afectados por la corrupción. Y solo un 3% confiesan haber pagado un soborno al haber recurrido a los servicios públicos²⁰.

No preocupa, pues, la deshonestidad insignificante del servidor público con competencias subalternas, sino la de quien, en el organigrama institucional, ocupa la cúspide y puede, en consecuencia, tomar decisiones trascendentes. Preocupa la “gran corrupción”, la que, identificada con “actos cometi-

¹⁷ Ver <https://transparencia.org.es>.

¹⁸ WORLD JUSTICE PROJECT, *Rule of Law. Index. 2017-2018*, World Justice Project, Washington D.C., 2017, p. 37. En <https://worldjusticeproject.org>.

¹⁹ CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS, *Barómetro de Junio 2018. Avance de datos. Estudio nº 3217*, pp. 5-6. En <http://datos.cis.es>.

²⁰ Ver <http://transparencia.org.es>.

dos en los niveles más altos del gobierno que involucren la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común”²¹, contradice la esencia del Estado Social de Derecho, por tener como primer efecto el recorte de los programas públicos de inversión en obra civil, sanidad y educación ²².

4. CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

Las estrategias político-criminales dirigidas a afrontar los factores que están en el origen de los delitos de corrupción deben atender tanto al blindaje de la independencia y lealtad institucional de los servidores públicos, como a la neutralización de las interferencias ilícitas, que, con la dádiva, pretenden torcer el funcionamiento de las administraciones públicas.

4.1. Blindaje de la independencia y lealtad de los servidores públicos (corruptibles)

Poner a los servidores públicos al abrigo de la tentación corruptora requiere, además de afrontar el saneamiento global de las administraciones, actuar preventivamente sobre las posibles veleidades personales.

Los años 2016 y 2017 fueron en España testigos de ciertos proyectos de regeneración política frente a una corrupción que había alcanzado niveles de toxicidad intolerables. Así, en febrero de 2016 se suscribe un pacto anticorrupción entre el Partido Socialista Obrero Español y Ciudadanos; otro entre el Partido Popular y Ciudadanos en agosto del mismo año, y en febrero de 2017, Ciudadanos presenta en el Congreso de los Diputados una proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes.

²¹ HAVA GARCÍA, Esther, “Gran Corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional”: *Nuevo Foro Penal*, 2016 (87), Medellín, p. 64. En <http://publicaciones.eafit.edu.co>.

²² TANZI, Vito y DAVOODI, Hamid, *Corruption, Public Investment, and Growth. IMF Working Paper*, International Monetary Fund, 1997 (139), p. 4. En <http://www.imf.org>.

El año 2018 registra la trabajosa y cicatera implementación de alguno de estos proyectos, dirigidos originariamente a objetivos ambiciosos: inhabilitación/suspensión de políticos formalmente acusados de delitos de corrupción con enriquecimiento, desde que se dicte auto firme de apertura del juicio oral o, según el partido proponente, desde el auto de imputación; prohibición de indultos a condenados por corrupción política; protección de los denunciantes; criminalización del enriquecimiento ilícito; eliminación de plazos máximos –considerados un “obstáculo” a la investigación– para concluir la instrucción penal; garantía de independencia para secretarios/interventores en la Administración local; ampliación del alcance del delito de financiación ilegal de partidos políticos y tipificación de las falsedades en sus cuentas anuales; eliminación de aforamientos, etc.²³.

La viabilidad de estos programas resulta gravemente condicionada por la capacidad de autoprotección que brinda la estructura político-administrativa al funcionario corrupto. El acento de la lucha contra la corrupción pública debe, así, ponerse sobre el control. Inicialmente, control interno, lo que requiere implementar mecanismos de *Public Compliance* –similares a los programas de cumplimiento de las empresas privadas– que aborden la prevención en su dimensión total, desde el análisis de riesgos hasta la puesta en marcha de organismos de control, internos o externos, pasando por el diseño de instrumentos de investigación²⁴.

Pero, también, control externo, control político por parte de la ciudadanía, primera interesada en contar con instrumentos de seguimiento e inspección de la gestión pública que la hagan más transparente²⁵.

²³ TERRADILLOS BASOCO, “Corrupción política...”, cit. pp. 17-18.

²⁴ GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena, “Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el *Public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales”, *Política Criminal*, 2018 (25) pp. 118-119. En <http://www.politicacriminal.cl>.

²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 873.

En 2016, el FMI advertía que la transparencia “es un requisito general para el correcto funcionamiento del mercado, pero también un componente nuclear de la política anti-corrupción efectiva”; de ahí su importancia en todos los niveles de las administraciones públicas, pero especialmente en el poder legislativo, que, como instrumento de expresión de la voluntad general, no puede ceder ante los intereses privados de los *lobbies*²⁶. Y en su baremo sobre la corrupción para el mismo año, TI, dirigiéndose expresamente a los países de la Unión Europea (UE), insistía en la necesidad de regular el *lobbying*, organizar su registro público y garantizar y publicar información de fácil acceso sobre sus actividades²⁷. España, presionada en el mismo sentido por el GRECO, ha respondido a esta recomendación en forma cicatera²⁸.

Otro paso imprescindible hacia la transparencia y el control ciudadano de las estructuras públicas es la supresión del fenómeno conocido como “puertas giratorias”. Consiste en el tránsito a empresas privadas de altos servidores públicos que, en su condición de tales, tuvieron relación institucional con aquellas. En ocasiones el acceso a la función pública vino precedido de actividad privada en los mismos sectores a los que, tras el paso por la Administración, se regresa. Los números, y sobre todo los nombres, de los privilegiados usuarios de estas “puertas giratorias” evidencian que se trata de una forma de corrupción epidémica y resiliente²⁹.

Además de sobre las estructuras, es necesario actuar sobre autoridades y funcionarios corruptos, a través de los tradicionales instrumentos sancionatorios propios del Derecho administrativo y del Derecho penal.

Como reflejo del alcance de la intervención penal, en España, los juzgados concluyeron en 2017 un total de 97 proce-

²⁶ INTERNATIONAL MONETARY FUND. FISCAL AFFAIRS DEPT., *Corruption...*, cit., pp. 4 y 17.

²⁷ Ver <http://transparencia.org.es>.

²⁸ TERRADILLOS BASOCO, “Corrupción política...”, cit., pp. 13-14.

²⁹ Ídem, pp. 16-17.

dimientos por corrupción, dictando auto de procesamiento o de juicio oral contra 411 personas. Las sentencias en el mismo período fueron 126, de las cuales 93 (el 73,8%) condenatorias³⁰. En el ámbito penitenciario, a 1/10/18, los reclusos eran 101, condenados (92) o preventivos (9), responsables de corrupción como delito principal³¹, según la tabla de equivalencias del *European Criminal Records Information System*.

Los datos pueden ser indicativos de cierta capacidad de reacción del sistema penal frente al delito ya ejecutado; pero no desmienten la constatación de su fracaso preventivo³².

4.2. Neutralización de las interferencias externas ilícitas (corruptores)

La neutralización de los factores corruptores externos al sistema administrativo requiere que las estrategias político-criminales y políticas *tout court* incidan en el contexto nutricional de aquellos: la economía globalizada.

La globalización es susceptible de innúmeras definiciones, que enfatizan uno u otro de sus elementos esenciales, pero quizá la más admitida es la que la considera como proceso de expansión transnacional de la economía de mercado. Lo que comporta que la evolución de ese proceso dependerá cada vez más de los mercados internacionales y menos de las políticas económicas estatales³³.

En ese marco, los valores mercantilistas terminan por sustituir a los valores políticos propios del Estado democráti-

³⁰ En <http://www.iustel.com>.

³¹ De ellos, en Cataluña (única comunidad autónoma que tiene transferidas competencias penitenciarias), 7, seis condenados y un preventivo. En <http://www.poderjudicial.es>.

³² ABEL SOUTO, Miguel, "El blanqueo de dinero: problemática actual española, con anotaciones de Derecho comparado estadounidense", en Demetrio Crespo, Eduardo y González-Cuellar Serrano, Nicolás (dir.), *Halcones y palomas. Corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 146.

³³ ESTEFANÍA, Joaquín, *La nueva economía. La globalización*, 2ª ed., Debate, Madrid, 1996, p. 12.

co. Se registra, así, una importante mutación en las escalas axiológicas, en las que pasa a ocupar posiciones punteras el éxito, tanto mejor cuanto más rápido y fácil. La frontera que separa la operación exitosa de la delictiva será tanto más lábil cuanto compleja sea la diferenciación entre lo irregular y lo abiertamente ilegal, operación, a su vez, más dificultosa cuando resulten implicados servidores públicos, que traicionan su deber de definir y respetar el ámbito de lo legal³⁴.

La política criminal ha de actuar, en consecuencia, sobre los pilares del modelo económico en el que se alebra la corrupción.

El primero de ellos es la desregulación, característica de la economía ultraliberal de la globalización, y caldo de cultivo idóneo para garantizar la prevalencia de la economía privada sobre las políticas públicas.

En efecto, los entornos desregulados pueden constituir un ámbito confortable y atractivo para las inversiones que buscan, ante todo, alta e inmediata rentabilidad. Esta no va a tropezar con dificultades insalvables para imponer sus objetivos frente a los públicos, confiados a una Administración inerme por insignificante. Y si quedarán en pie obstáculos a esa primacía, la corrupción se advera como instrumento idóneo para superarlos, en nombre de la eficiencia económica privada, que convive amigablemente con administraciones deshonestas y, por tanto, corruptibles³⁵.

En el entorno desregularizado, las grandes líneas de la política económica –que determina todas las demás políticas– no las fijan los poderes públicos en coherencia con los principios constitucionales, sino grandes conglomerados económicos que se constituyen en los auténticos centros de presión y que imponen sus decisiones a Estados cuya debilidad económica no puede garantizar su autonomía política. Así, los principios políticos propios del Estado social y democrático de Derecho resultan progresivamente enervados, y la ley del máximo lucro ocupa su lugar. De ahí que el primer paso de una política pre-

³⁴ TERRADILLOS BASOCO, "Estrategias...", cit., p. 228.

³⁵ HUNTINGTON, Samuel Phillips, *Political Order in Changing Societies*, Yale University Press, London, 1968, p. 69.

ventiva de la corrupción sea el fortalecimiento de la regulación pública de la actividad económica, una vez que se acepta pacíficamente que la *lex mercatoria*, presentada como principio racionalizador para la asignación rentable de recursos, en la práctica provoca el enriquecimiento ilimitado y discriminante del competidor fuerte, sobre todo cuando cuenta con la connivencia de servidores públicos bien recompensados.

Pero los mercados desregulados no están empeñados en la lucha contra el crimen, sino en la obtención de la máxima rentabilidad. Fijan sus reglas y definen sus escalas axiológicas autónomamente. Crean sus propias modalidades de delincuencia, y la forma en que se articula la respuesta pública –punitiva o no– responde al conjunto de determinaciones sociales y políticas³⁶.

Es esa funcionalidad la que fija los criterios de identificación de la corrupción que puede ser asumida por el sistema. Lo que resulta particularmente visible en ciertos ámbitos, como puede ser el de la respuesta institucional al fraude fiscal. Retóricamente perseguido por doquier, las amnistías fiscales, el privilegio a las regularizaciones tributarias de operaciones originariamente delictivas, los incentivos fiscales forzosamente selectivos y, por tanto, discriminatorios, etc., crean todo un mundo de posibilidades de elusión de responsabilidad penal, lo que significa condenar a la inanidad las políticas criminales de lucha contra los delitos tributarios. Pero, nótese, la impunidad no sería posible sin la inhibición cómplice de los funcionarios y autoridades encargados de perseguir estos delitos.

Consideraciones similares pueden hacerse a propósito del trabajo sumergido –incluso en sus formas delictivas–, cuya presencia y extensión se corresponde con la debilidad o la complicidad de las administraciones encargadas de controlarlo y perseguirlo: la corrupción es fiel compañero de viaje del trabajo clandestino, que garantiza pingües beneficios al

³⁶ VIRGOLINI, Julio, “Los delitos de cuello blanco”, en Terradillos Basoco, Juan María, y Acale Sánchez, María (coord.), *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2008, p. 57.

emprendedor-explotador, aunque sea a costa de la leal competencia empresarial, de las posibilidades recaudatorias del erario público, y, sobre todo, en un modelo constitucional, de los derechos de los trabajadores³⁷.

A su vez, las prácticas gravemente contaminantes que se registran en la actividad industrial, la extractiva o la agrícola, al igual que la mayor parte de los delitos urbanísticos, no son detectadas a pesar de su permanencia en el tiempo y su evidencia en el espacio, por inspectores cualificados que, generosamente incentivados por empresarios desaprensivos, miran hacia otro lado o, incluso, cooperan a la ocultación o legalización de lo que, a todas luces, es, aunque muy rentable, delictivo.

Así, corrupción económica y política van juntas. Los modelos dictatoriales aportan, paradigmáticamente, la evidencia de esta simbiosis, pero no es necesario acudir a regímenes *de facto* para detectar la presencia de una corrupción pública impulsada por los intereses de grandes sujetos económicos privados. También se registra un alto nivel de connivencia con la corrupción en la cultura política de los países formalmente democráticos³⁸, en cuya realidad económica se impone el emprendedor exitoso que hace la obra y la hace lucrativa, aunque haya obtenido la concesión administrativa de manos de la autoridad corrupta³⁹.

Los valores del mercado –concretados en el enriquecimiento inmediato– se imponen así a los constitucionales. Y, si bien las manifestaciones más intolerables de la denomi-

³⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “La defraudación fiscal a la seguridad social en España-México: análisis comparado”, en Celorio Vela, Jesús Agustín, y Carrasco Parrilla, Pedro José (dir.), *Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas*, t. III, Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, México D.F., 2018, p. 300.

³⁸ CARR, Indira, y OUTHWAITE, Opi, “Investigating the impact of anti-corruption strategies on international business: an interim report”, en *Surrey Law Working Papers*, 2008 (2), pp. 22-23. En <https://www.surrey.ac.uk>.

³⁹ PEDREIRA CAMPOS, Pedro Henrique, “La empresa que sabe usar la corrupción crece más”, *Sinpermiso*, 14/12/14. En <http://www.sinpermiso.info>.

nada corrupción “negra” suscitan una actitud de rechazo, la corrupción “blanca” o “gris” convive con la cotidianeidad y goza incluso de la complicidad de los electores⁴⁰; lo que, sin duda, resta eficacia a las herramientas diseñadas para hacer frente a estas formas de delincuencia⁴¹. Sin embargo, hay que insistir en que la apropiación por algunos de lo que es de todos, es un modo criminal de hacer política que no puede tener cabida en los Estados democráticos⁴².

4.3. *La imprescindible intervención jurídico-penal*

La necesidad de una adecuada respuesta penal frente a las manifestaciones más graves de corrupción pública no resulta hoy discutida por nadie⁴³. Su criminalización y castigo son una constante añeja en todos los ordenamientos de nuestro entorno cultural. Sin embargo, es cada vez más socorrido tanto en los medios como en la literatura especializada, denunciar que la lucha contra la corrupción resulta gravemente obstaculizada por el fenómeno bifronte de “politización de la justicia/judicialización de la política”.

La politización de la justicia no es sino la intromisión ilícita del poder político en las decisiones judiciales. Se analizará *infra*, 4.3.3.

La judicialización de la política, por su parte, comporta un disfuncional exceso intervencionista de la justicia sobre el funcionamiento de las administraciones públicas, con el más que probable resultado de transformar las cuestiones políticas en cuestiones legales⁴⁴. Ese riesgo debe ser neutralizado. Pero no al precio de desjudicializar la respuesta a los delitos

⁴⁰ ALMOGUERA CARRERES, Joaquín, “Corrupción y mercados internacionales”, en Ruiz Miguel, Alfonso (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, Trotta, Madrid, 2014, p. 333.

⁴¹ BASÍLICO, *Negociaciones...* cit., pp. 77-78.

⁴² VIRGOLINI, “Los delitos...”, cit., p. 62.

⁴³ DE LUCA, *Delitos...*, cit., p. 3.

⁴⁴ FEREJOHN, John, “Judicializing Politics, Politicizing Law”, en *Law and Contemporary Problems*, 2002 (65), Durham, p. 42. En <http://scholarship.law.duke.edu>.

de corrupción política, lo que, con toda seguridad, acarrearía lamentables consecuencias ⁴⁵.

Lo que procede es, por el contrario, afinar el instrumental dogmático y adecuar el arsenal punitivo a las especiales características de los delitos a examen. No se trata de recurrir una vez más al procedimiento, tan manido como inane, de ampliar el ámbito de conductas punibles, o de intensificar la contundencia de las penas ⁴⁶. Son opciones que, históricamente, han servido, en clamorosa “huida al Derecho penal”, para que los poderes públicos redujeran sus compromisos político-criminales a reformas de la ley penal –siempre fáciles o, incluso, electoralmente rentables–, en clave punitivista, renunciando a estrategias preventivas de fondo, que, aunque más complejas y costosas, resultan más eficaces.

4.3.1. Alternativas de tipificación

En Derecho comparado, la presencia de delitos contra las administraciones públicas es una constante. Mas la tipificación penal de una conducta no comporta, por sí sola, el éxito en su erradicación. Se impone, pues, buscar respuestas jurídico-penales efectivas, que no sean únicamente expresión simbólica y, a la postre, ineficiente. Quien quiera, en el siglo XXI, ganar esta batalla “tendrá que utilizar algo más que lanzas y piedras, y valerse de un arsenal más sofisticado”, desarrollando particulares criterios de imputación y conceptos específicos, idóneos para integrar un Derecho penal de la

⁴⁵ VIGANO, Francesco, “I delitti di corruzione nell’ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare”, en Puente Aba, Luz María (ed.), *Economía y Derecho Penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, Universidade da Coruña, Coruña, 2015, p. 93.

⁴⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “Corrupción y Derecho penal, Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal”, en Demetrio Crespo, Eduardo y González-Cuellar Serrano, Nicolás (dir.), *Halcones y palomas. Corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 66.

función pública⁴⁷, asentado en dos pilares básicos: tutela de esta, concebida como servicio a los ciudadanos, y responsabilidad penal específica de los servidores públicos, considerando tal a todo sujeto con capacidad para tomar o condicionar decisiones que repercutan materialmente en los intereses confiados a la Administración⁴⁸. Así lo hacen tanto el CPA, en su art. 77, materialmente coincidente con la Convención Interamericana contra la Corrupción, como el CPE, art. 24.

Es en este contexto en el que se sitúa la discusión sobre la conveniencia de criminalización de determinadas conductas de corrupción.

La primera de ellas es el enriquecimiento ilícito, que, en la acepción más difundida, consiste en el incremento patrimonial no justificado del funcionario, autoridad o empleado público (CP de El Salvador, art. 333). Se trata de una figura delictiva que goza de amplia acogida en los ordenamientos latinoamericanos (CPA, art. 268 (2); CP Federal de los Estados Unidos Mexicanos, art. 224; Venezuela, Ley contra la Corrupción, arts. 43 y 73, etc.). No existe, por el contrario, en el CPE.

En favor de su criminalización se afirma la conveniencia de “introducir un tipo penal que, si bien presenta evidentes carencias desde un punto de vista garantista, se conformaría, en el estado de cuasi emergencia en el que nos encontramos, como el más eficaz e incisivo de todos los instrumentos jurídico-penales de lucha contra la corrupción”⁴⁹. Obsérvese que el alegato acepta la posible anticonstitucionalidad de la

⁴⁷ MEINI, Iván, *Delitos contra la Administración pública*, USAID, Ciudad de Guatemala, 2008, p. 7.

⁴⁸ VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1997 (62), p. 498.

⁴⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, “El fenómeno de la corrupción en España: respuesta penal y propuestas de reforma”, en Puente Aba, Luz María (ed.), *Economía y Derecho Penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, Universidade da Coruña, A Coruña, 2015, p. 74.

opción, aunque intenta subsanarla apelando a consideraciones de emergencia, que invitan a aceptar preceptos penales inconstitucionales con la promesa de derogarlos una vez superada la situación emergencial. Este procedimiento no ha funcionado nunca: las instituciones antigarantistas, una vez superada la coyuntura, se consolidan *ad aeternum*. Recurrir a ellas puede resultar miope o, incluso, suicida⁵⁰.

Desde el lado crítico se observa cómo, al incriminar el enriquecimiento ilícito, se termina castigando no el incremento patrimonial en sí, sino la ausencia de su justificación, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba. Así, sigue abierto el debate sobre su constitucionalidad, aunque la doctrina mayoritaria se inclina por negarla, “porque contraría principios elementales de respeto a los imputados”⁵¹, hasta constituir una auténtica “barbaridad jurídica”⁵².

Se añade a estas objeciones el hecho de que buena parte de los efectos que se esperan de la tipificación autónoma del enriquecimiento presuntamente ilícito, pueden ser alcanzados mediante una aplicación eficaz –y constitucional– del decomiso de los frutos del delito. Lo que se requiere es que los agentes –policiales y fiscales– de control cuenten con medios y con voluntad política de perseguir los beneficios (probados) del delito allí donde se encuentren, actuando por encima de fronteras y penetrando en el pozo oscuro de los paraísos fiscales. Mientras estos, engrasados por la banca convencional y “libre de toda sospecha”, sigan blindando la opacidad de clientes y operaciones, la criminalización del enriquecimiento ilícito será un inútil exponente de la huida al Derecho penal.

También se somete a debate la conveniencia de tipificar la presencia en la corrupción de los partidos políticos, ya que,

⁵⁰ VIGANO, “I delitti...”, cit., p. 109.

⁵¹ MEDINA SALAS, Marco Antonio, “Consideraciones sobre la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito”, en *Capítulo Criminológico*, 2009 (1), Maracaibo, p. 151.

⁵² CHIARA DÍAZ, Carlos, “Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados”, en *Código Penal Comentado, Revista Pensamiento Penal*, 2013, Buenos Aires, p. 16. En <http://www.pensamientopenal.com.ar>.

dada su centralidad entre las instituciones de los sistemas democráticos⁵³, su protagonismo no puede quedar marginado. En el CPE, p. ej., el art. 31 bis abre la posibilidad de exigencia de responsabilidad criminal, como si fueran una persona jurídica más, a los partidos políticos. Y los arts. 304 bis y 304 ter castigan diversas modalidades de financiación ilegal de los partidos. La doctrina ha podido señalar, sin embargo, notorias deficiencias técnicas (o políticas) que, con toda seguridad, recortarán la esperada eficacia de estos preceptos⁵⁴.

4.3.2. Sanciones penales

En materia de sanciones, parece inicialmente necesario que no se cierre el recurso a las penas privativas de libertad⁵⁵ y que las legalmente previstas sean susceptibles de cumplimiento efectivo. No es necesario que se ejecuten siempre intramuros, pero sí que exista una posibilidad creíble de que así ocurra, lo que resultará relevante para el delincuente “de cálculo”.

Se impone, igualmente, el recurso a las penas de inhabilitación especial de larga duración. En primer lugar, para el funcionario, al que es necesario apartar del entorno que favoreció la comisión del delito⁵⁶. Pero también para el particular, que, por consideraciones profilácticas elementales, debe ser separado del ejercicio de la actividad económica que hizo posible su contacto pernicioso con la Administración pública. A la inhabilitación del particular deben añadirse otras penas privativas de derechos que refuercen los resultados preventivos, como

⁵³ MAROTO CALATAYUD, Manuel, *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 112.

⁵⁴ HAVA GARCÍA, Esther, “Financiación ilegal de partidos políticos”, en Terradillos Basoco, Juan María (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. IV. Delitos contra la colectividad, las administraciones públicas y los valores constitucionales*, Jurídica Continental, San José, 2017, pp. 14-15.

⁵⁵ JAREÑO LEAL, María de los Ángeles, “La corrupción en la contratación pública”, *Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo*, 2013 (42), p. 18. En <http://roderic.uv.es>.

⁵⁶ DE VERGOTTINI, “Una road...”, cit.

prohibición de contratar con el sector público, prohibición de recibir subvenciones o ayudas públicas, beneficios o incentivos fiscales o del sistema de previsión social, etc.

Las penas de multa están especialmente indicadas frente a delincuentes movidos por ánimo de lucro, a los que es necesario hacer ver que las posibilidades de enriquecimiento (ilícito) son inferiores a las de pago de multas contundentes. Pero que, para que puedan resultar inhibitorias, han de ser proporcionales al beneficio perseguido o al daño que la operación delictiva hubiera podido generar⁵⁷.

La frecuente intervención en estos delitos, que no son sino manifestaciones de criminalidad organizada, de sujetos societarios, hace aconsejable aplicar las reglas de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Así lo hace, en Argentina, la ley 27.401 –desarrollada, a su vez, por el decreto 277/2018–, para las “personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal”, por los delitos de cohecho y tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y balances e informes falsos agravados.

El modelo español admite la responsabilidad de las personas jurídicas, aunque, por vía de excepción, excluye “al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales,... [y] aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas” (art. 31 bis CPE). El catálogo de delitos de corrupción, en régimen de *numerus clausus*, en los que se puede exigir responsabilidad a la persona jurídica es, sin embargo, más corto que el argentino: cohecho (art. 427 bis) y tráfico de influencias (art. 430).

En cualquier caso, la conminación de sanciones penales solo puede tener efectos preventivos si es creíble. Lo que no ocurre cuando el ejecutivo utiliza el derecho de gracia con largueza o arbitrariedad, de modo que pende sobre la sentencia condenatoria, apoyada en el principio de legalidad y jurídicamente argumentada, la eventualidad de quedar reducida

⁵⁷ TERRADILLOS BASOCO, “Estrategias...”, cit., pp. 232-233.

a nada si así lo decide otro poder del Estado. Simultáneamente, para corruptos y corruptores, sector especialmente favorecido por la concesión de indultos⁵⁸, la pena deja de ser una amenaza seria cuando queda neutralizada por la probabilidad de beneficiarse de un indulto, instrumento demasiado sensible a la “capacidad de presión e influencia política de quienes ejercen el poder político o económico”⁵⁹.

Se impone, pues, eliminar la posibilidad de concesión de indultos. Sin embargo, en España, donde la casuística aporta numerosos ejemplos de la arbitrariedad con que se puede ejercitar el derecho de gracia, las pretensiones de supresión de los indultos han tenido acogida modesta: la LO 1/2015 ha modificado la ley reguladora del ejercicio de la gracia de indulto –datada en 1870– para tan solo obligar al Gobierno a remitir semestralmente al Congreso de los Diputados un informe sobre indultos concedidos y denegados.

4.3.3. Organización del poder judicial y proceso penal

Tanto la organización judicial y del Ministerio Público como el propio procedimiento penal responden, en demasiados casos, a principios y necesidades que no se acompañan con las características con que hoy se manifiesta la corrupción pública, integrada a su vez en estructuras administrativas que muy poco tienen que ver con las de hace un siglo.

En el plano organizativo, el primer paso a dar es asegurar la independencia de la justicia frente a las tentaciones (económicas, corporativas, partidistas, etc.) de la corrupción.

La politización de la justicia, que comporta intromisión del poder político en el orden jurisdiccional, es una grave manifestación de dependencia. España –y en términos simila-

⁵⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Las prioridades de la justicia criminal”, en Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 45.

⁵⁹ GEPC-GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 11. En <http://www.gepc.es>.

res Argentina⁶⁰ – ha sido testigo, y víctima, de decisiones que afectan tanto a la organización judicial como a la fiscal en sus más altas escalas, que han alimentado la sospecha ciudadana de que la Administración de Justicia no es inmune a la influencia política partidaria, que puede condicionar gravemente la vigencia de los principios de mérito y capacidad expresamente impuestos por el ordenamiento en la selección y promoción de personal.

Reconocidas organizaciones internacionales han reiterado advertencias expresas sobre los bajos estándares de la independencia judicial, y los propios jueces, en términos que llaman a escándalo, han dejado constancia de los ataques a la misma, procedentes tanto del poder ejecutivo como de las instancias superiores del poder judicial⁶¹.

La independencia de la Fiscalía es otro requisito *sine qua non* para afrontar el combate contra la corrupción, que es combate contra sujetos detentadores de amplios poderes, a cuya influencia perniciosa quizá le resulte difícil sustraerse al propio Ministerio Fiscal. La dependencia respecto al poder ejecutivo del Fiscal General –y a través de él, de la policía judicial– plantea serias dudas de compatibilidad con el modelo de división de poderes y, sobre todo, con el respeto al principio de legalidad que ha de presidir la actuación de los acusadores públicos. Cuando el *status* constitucional del Ministerio Público se escora hacia la dependencia orgánica o funcional respecto al poder ejecutivo, “toda investigación tendrá como pecado original esta dependencia”, y tendrá dificultades para superar la resistencia de los poderes investigados, de los que, a la postre, el fiscal depende⁶².

⁶⁰ DOMENECH, Ernesto Eduardo, “Prevaricato”, en *Código Penal Comentado. Revista Pensamiento Penal*, p. 2. En <http://www.pensamientopenal.com.ar>.

⁶¹ En <http://www.poderjudicial.es>.

⁶² BUSTOS GIBERT, Rafael, “Corrupción política y Derecho”, en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, y Liberatore Bechara, Ana Elisa (coord.), *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano-brasileña*, Centro de Estudios Brasileños-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, p. 69.

Además del blindaje de la cúspide de la Fiscalía frente a poderes ajenos, es imprescindible el de los acusadores públicos subordinados, frente a la eventual presión sobre criterios a seguir en un asunto concreto, procedente ya de instancias externas, ya de la propia jerarquía fiscal⁶³.

La independencia de jueces y fiscales es condición, pero no garantía de eficiencia. Es necesario, además, dotar a la Justicia penal de medios idóneos proporcionales a la amenaza que representa la corrupción política. Más y mejores jueces, pero también más peritos especializados, más policía judicial experimentada en la materia y más recursos para juzgados y fiscalías anticorrupción⁶⁴. Lo que resulta particularmente necesario para acabar con una vieja lacra de nuestra realidad forense: la no recuperación de los fondos ilegítimamente sustraídos al control público, que, en delitos de enriquecimiento, supone tanto como despremiar los derechos de los damnificados (en la corrupción política, los derechos de todos) y renunciar a los efectos preventivos derivados de la advertencia, dirigida al eventual delincuente, de evanescencia de la rentabilidad económica del delito⁶⁵.

A su vez, el carácter supranacional de la criminalidad económica organizada, presente en los *affaires* de corrupción más graves, requiere una respuesta que actúe con agilidad por encima de las fronteras nacionales. Si una de las reglas de oro de la globalización es la libre circulación de capitales, carece de alegatos justificantes la pretensión de elevar, en nombre de la soberanía nacional, interesadas barreras fronterizas a la persecución penal de quienes delinquen aprove-

⁶³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, "Halcones y palomas: la persecución penal de la corrupción y de la delincuencia económica", en Demetrio Crespo, Eduardo y González-Cuéllar Serrano, Nicolás (dir.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 521.

⁶⁴ REBOLLO VARGAS, Rafael, y CASAS HERVILLA, Jordi, "Reflexiones, problemas y propuestas para la investigación de la delincuencia económica", *Revista General de Derecho Penal*, Madrid, 2013 (19), p. 18.

⁶⁵ TERRADILLOS BASOCO, "Corrupción política...", cit., p. 27.

chando precisamente las facilidades que brinda la deslocalización de actividades, de centros de imputación personal y de beneficios. Es necesaria la definitiva vigencia en la materia del principio de jurisdicción universal, así como la implantación de espacios de auténtica colaboración judicial, tanto en las tareas de investigación como en las relativas a la extradición, necesaria para dotar de dimensión práctica a las políticas de armonización de la legislación penal sustantiva.

En esta línea, las fiscalías española y francesa han constituido en octubre de 2018 un grupo de trabajo con el objetivo de fomentar el conocimiento mutuo, intercambiar experiencias y actualizarse sobre las buenas prácticas en materia anticorrupción.

Si la Administración de Justicia, en el plano orgánico, está necesitada de un *aggiornamento*, el proceso penal no lo está menos. En España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nacida en 1882, ha sido víctima de continuas labores de parcheado –la última, por ley 41/2015– que han difuminado sus perfiles originarios, pero no han sido capaces de implementar un engranaje procesal apto para afrontar con agilidad las modernas formas de delincuencia.

La generalización de la corrupción pública, la utilización del poder político para valerse de todos los resortes que hagan posible la maximización de la rentabilidad económica y que garanticen la impunidad; la frecuente condición de “aforados” de algunos de los responsables; la implicación –en el lado privado– de complejas estructuras empresariales, frecuentemente transnacionales, opacas para una justicia infradotada; las dificultades de seguir el *iter*, también transnacional, de los instrumentos o efectos del delito; los obstáculos, insalvables en ocasiones, a la colaboración con la justicia por parte de testigos y peritos que ocupan en el organigrama administrativo puestos subalternos con respecto a sus perseguidos jefes, son, solo a título de ejemplo, algunos de los factores que obstaculizan materialmente la culminación de los procesos penales, evitando el pronunciamiento de sentencias condenatorias⁶⁶. Lo que es de lamentar porque dejan en

⁶⁶ BASÍLICO, *Negociaciones...*, cit., pp. 74-75.

nada la presunta capacidad desincentivadora de la conminación penal dirigida a un "delincuente de cálculo", que analiza costes y beneficios, riesgos y posibilidades, y que cuenta con la alta probabilidad de evitar la condena penal, y, si es que llega a pronunciarse, de eludir la ejecución de la pena carcelaria o pecuniaria, o de burlar el decomiso de los bienes.

Las posibilidades de impunidad quedan reforzadas cuando los procesos en que están implicados altos cargos quedan confiados, no al juez natural en razón de los hechos, sino, en razón de los sujetos enjuiciados, a otros órganos superiores, más receptivos a las indicaciones del poder ejecutivo.

El aforamiento, que es el nombre que recibe esta excepción a las reglas de determinación del tribunal competente, es admitido por el Derecho comparado de manera excepcional, pero con sorprendente largueza en España, que cuenta con 250.000 aforados⁶⁷.

También coadyuvan a la ineficacia de la persecución penal los plazos de prescripción de delitos y penas excesivamente cortos, que premian la artificiosa e interesada prolongación de trámites por parte de los acusados. En un sector de la criminalidad caracterizado por la opacidad y en el que se acumulan las dificultades objetivas de investigación y persecución –y, entre ellas, el poder de que gozan los acusados–, toda medida que eleve los plazos de prescripción para que se ajusten, entre otros criterios, a la dificultad de la investigación y juzgamiento de los delitos a examen debe ser bien valorada⁶⁸.

5. EPÍLOGO

La lucha contra la corrupción política está condenada al fracaso si no se corresponde con una conciencia social colectiva identificada con los valores y principios democráticos, intolerante con presuntos servidores públicos que son en realidad palafreneros de intereses privados incompatibles con

⁶⁷ TERRADILLOS BASOCO, "Corrupción política...", cit., p. 25.

⁶⁸ GEPC-GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa...*, cit., p. 13.

aquellos, y decidida a castigar electoralmente a los candidatos corruptos.

Pero los valores políticos democráticos no pueden arraigar socialmente en contextos en los que prevalecen otros, vinculados a estructuras económicas de signo diametralmente opuesto. La realidad económica globalizada, escorada vocacionalmente hacia la inhibición en materia de principios políticos, valores constitucionales y derechos sociales, dibuja un panorama ideológico tolerante con la supeditación de lo público-colectivo a lo económico-privado y proclive a la corrupción⁶⁹, que pone a la política criminal ante una disyuntiva radical: o amigable vecindad con corruptos y corruptores, o intervenciones en la estructura económica diseñada por la globalización neoliberal.

Si el modelo económico, desregulado y sin más valores que los representados por el becerro de oro, es caldo de cultivo de la corrupción política, habrá que afrontar la lucha contra ella impulsando políticas de amplio espectro. Si se acepta que “la corrupción es un crimen de cálculo, no un crimen pasional”, habrá que implementar un auténtico sistema preventivo capaz de neutralizar la vis atractiva del señuelo con el que el agente corruptor tienta al funcionario eventualmente corruptible⁷⁰.

Se trata de la consecuencia inevitable de constatar que la corrupción, en cuanto delito, tipificado o tipificable en las leyes penales, es un problema jurídico y político-criminal, pero en cuanto destrucción de la ética colectiva, es un problema político-sociológico que refleja la degradación de una sociedad que acepta la desnaturalización del Estado democrático⁷¹. La respuesta a la corrupción, en este nivel, “exige recuperar lo

⁶⁹ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, y BERZOSA ALONSO MARTÍNEZ, Carlos, “El triunfo de las finanzas capitalistas y el deterioro de los derechos sociales y de los derechos ecológicos”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, 2014 (80), p. 20.

⁷⁰ KLITGAARD, Robert, *Controlling Corruption*, University of California Press, Berkeley, 1988, p. 4.

⁷¹ BASÍLICO, *Negociaciones...*, cit., pp. 88-90.

que todavía está vivo de nuestro sistema de legitimidad y servirse de ello para recobrar los valores de la democracia mediante el expediente de podar lo que está muerto”⁷².

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, Miguel, “El blanqueo de dinero: problemática actual española, con anotaciones de Derecho comparado estadounidense”, en Demetrio Crespo, Eduardo y González-Cuellar Serrano, Nicolás (dir.), *Halcones y palomas. Corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 101-177.
- ALMOGUERA CARRERES, Joaquín, “Corrupción y mercados internacionales”, en Ruiz Miguel, Alfonso (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 315-336.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Las prioridades de la justicia criminal”, en Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 25-47.
- BASÍLICO, Ricardo Ángel, *Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función*, Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2014. En <https://idus.us.es>.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “Corrupción y Derecho penal, Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal”, en Demetrio Crespo, Eduardo y González-Cuellar Serrano, Nicolás (dir.), *Halcones y palomas. Corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 53-99.
- BUSTOS GISBERT, Rafael, “Corrupción política y Derecho”, en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, y y Liberatore Bechara, Ana Elisa (coord.), *Estudios sobre la corrupción. Una re-*

⁷² GARCÍA LÓPEZ, Eloy, “La corrupción ¿Un problema jurídico o un estadio sociológico-moral?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, 2014 (35), p. 74.

- flexión hispano-brasileña*, Centro de Estudios Brasileños-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013.
- CARR, Indira, y OUTHWAITE, Opi, "Investigating the impact of anti-corruption strategies on international business: an interim report", en *Surrey Law Working Papers*, 2008 (2). En <https://www.surrey.ac.uk>.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS, Barómetro de junio 2018. Avance de datos. Estudio nº 3217. En <http://datos.cis.es>.
- CHIARA DÍAZ, Carlos, "Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados", en *Código Penal Comentado*, Revista Pensamiento Penal, Buenos Aires, pp. 1-43. En <http://www.pensamientopenal.com.ar>.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Repositorio de datos sobre procesos por corrupción: <http://www.poderjudicial.es>.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración pública", en Ferré Olive, Juan Carlos (ed.), *Fraude y corrupción en la Administración pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. 3, Universidad de Salamanca, 2002, pp. 173-192.
- DE LUCA, Javier Augusto, *Delitos de funcionarios públicos*, ponencia a VIII Encuentro de la Asociación de Profesores de derecho Penal de la República Argentina, 17/10/08, pp. 1-11. En: <https://www.google.com>.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, "Una road contro la corruzione", en *Percorsi Costituzionali*, 2012 (1/2). En <http://magna-carta.it>.
- DOMENECH, Ernesto Eduardo, "Prevaricato", en *Código Penal Comentado*. Revista Pensamiento Penal, pp. 1-54. <http://www.pensamientopenal.com.ar>.
- ESTEFANÍA, Joaquín, *La nueva economía. La globalización*, 2ª ed., Debate, Madrid, 1996.
- FEREJOHN, John, "Judicializing Politics, Politicizing Law", en *Law and Contemporary Problems*, 2002 (65), Durham, pp. 41-68. En <http://scholarship.law.duke.edu>.
- FERNÁNDEZ TERUELLO, Javier, "El fenómeno de la corrupción e España: respuesta penal y propuestas de reforma", en Puente Aba, Luz María, (ed.), *Economía y Derecho Penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*. Actas

- del Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico, Universidade da Coruña, A Coruña, 2015, pp. 55-76.
- FERRÉ OLIVE, Juan Carlos, "Corrupción y delitos contra la Administración pública", en Ferré Olive, Juan Carlos (ed.), *Fraude y Corrupción en la Administración pública. Delitos financieros, Fraude y Corrupción en Europa*, vol. III, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pp. 13-25.
- GARCÍA LÓPEZ, Eloy, "La corrupción ¿Un problema jurídico o un estadio sociológico-moral?", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, 2014 (35), pp. 68-74.
- GEPC-GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. En <http://www.gepc.es>.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, "Halcones y palomas: la persecución penal de la corrupción y de la delincuencia económica", en Demetrio Crespo, Eduardo y González-Cuéllar Serrano, Nicolás (dir.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 507-542.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena, "Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el Public compliance como herramienta de prevención de riesgos penales", *Política Criminal*, 2018 (25), pp. 104-143. En <http://www.politicacriminal.cl>.
- HAVA GARCÍA, Esther, "Gran Corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional", *Nuevo Foro Penal*, 2016 (87), Medellín, pp. 60-98. En <http://publicaciones.eafit.edu.co>.
- "Financiación ilegal de partidos políticos", en Terradillos Basoco, Juan María (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. IV. Delitos contra la colectividad, las administraciones públicas y los valores constitucionales*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2017, pp. 13-30.
- HUNTINGTON, Samuel Phillips, *Political Order in Changing Societies*, Yale University Press, London, 1968.
- International Monetary Fund. Fiscal Affairs Dept., *Corruption: Costs and Mitigating Strategies*, International Monetary Fund., 11/5/16, pp. 1-43. En: <http://www.imf.org>.

- JAREÑO LEAL, María de los Ángeles, "La corrupción en la contratación pública", *Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo*, 2013 (42), pp. 14-21. En <http://roderic.uv.es>.
- KLITGAARD, Robert, *Controlling Corruption*, University of California Press, Berkeley, 1988.
- MAROTO CALATAYUD, Manuel, *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- MEDINA SALAS, Marco Antonio, "Consideraciones sobre la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito", en *Capítulo Criminológico*, 2009 (1), Maracaibo (Venezuela), pp. 133-152.
- MEINI, Iván, *Delitos contra la Administración pública*, USAID, Ciudad de Guatemala, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- PEDREIRA CAMPOS, Pedro Henrique, "La empresa que sabe usar la corrupción crece más", *Sinpermiso*, 14/12/14. En www.sinpermiso.info.
- REBOLLO VARGAS, Rafael, y CASAS HERVILLA, Jordi, "Reflexiones, problemas y propuestas para la investigación de la delincuencia económica", en *Revista General de Derecho Penal*, Madrid, 2013 (19), pp. 1-31.
- RIQUERT, Fabián Luis, "Corrupción en Latinoamérica", en *El-Dial.com*, 2016. En <http://www.eldial.com>.
- TANZI, Vito y DAVOODI, Hamid, *Corruption, Public Investment, and Growth*. IMF Working Paper, International Monetary Fund, 1997 (139), pp. 1-23. En <http://www.imf.org>.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, "Estrategias político-criminales frente a la corrupción política. Apuntes desde la experiencia española", *Revista Penal*. México, 2016/2017-1/2, pp. 227-246.
- "Corrupción política: consideraciones político-criminales", *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2017 (1), pp. 1-31.
 - "Partidos políticos y corrupción política. Algunas estrategias político-criminales", en Medina Cuenca, Arnel (co-ord.), *Luces y sombras de la reforma penal y procesal en*

- Iberoamérica*. Libro Homenaje al profesor Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar, UNIJURIS, La Habana, 2017, pp. 30-55.
- “La defraudación fiscal a la seguridad social en España-México: análisis comparado”, en Celorio Vela, Jesús Agustín, y Carrasco Parrilla, Pedro José (dir.), *Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas*, t. III, Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, México D.F., 2018, pp. 297-326.
- VALEJE ÁLVAREZ, Inma, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1997 (62), pp. 435-498.
- VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, y BERZOSA ALONSO MARTÍNEZ, Carlos, “El triunfo de las finanzas capitalistas y el deterioro de los derechos sociales y de los derechos ecológicos”, en *Jueces para la Democracia*, Madrid, 2014 (80), pp. 12-23.
- VIGANÒ, Francesco, “I delitti di corruzione nell’ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare”, en Puente Aba, Luz María (ed.), *Economía y Derecho Penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico”, Universidade da Coruña, A Coruña, 2015, pp. 77-110.
- VIRGOLINI, Julio, “Los delitos de cuello blanco”, en Terradillos Basoco, Juan María, y Acale Sánchez, María (coord.), *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2008, pp. 39-63.
- WORLD JUSTICE PROJECT, *Rule of Law*. Index. 2017-2018, World Justice Project, Washington D.C., 2017. En <https://world-justiceproject.org>.

CORRUPCIÓN PÚBLICA/CORRUPCIÓN PRIVADA: LOS ESCENARIOS DE ENCUENTRO

LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ

1. INTRODUCCIÓN

Las formas de corrupción privada desarrolladas durante la actividad negocial ejercida entre particulares constituyeron una completa novedad en la legislación penal española en la reforma del Código penal en 2010, que, hasta ese momento, sólo contemplaba, como punibles, las conductas de corrupción en la Administración pública. Estas venían configuradas por la exigencia de especiales deberes de conducta a personas vinculadas con la Administración y por la relevancia jurídica otorgada a su quiebra. Además, la trascendencia de los intereses públicos en juego justificaba que, en ese ámbito, se procediera a imponer sanciones penales.

A pesar de ese dispar tratamiento tradicional, el legislador español, apoyándose en la Directiva Marco 2003/568/JAI de la UE, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, incorporó, sin mayores esfuerzos justificativos, la que se producía entre particulares como tipo penal novedoso en el art. 286 bis del Código penal, en un capítulo dedicado a la protección del mercado y los consumidores.

Este tipo de regulación buscaba completar todos los posibles escenarios en los que la acción corruptiva, activa y pasiva, estuviese presente, sin vincularla de forma obligatoria con la protección de determinados intereses, de forma especial los de carácter público o de la colectividad. No obstante, realizar esta transición ampliadora desde la sola prohibición de la corrupción en las administraciones públicas hasta la que se produce entre los operadores de la actividad económi-

ca privada, requería, no sólo resolver cuestiones técnicas y de identificación del bien jurídico protegido, en cada caso, sino un ejercicio de justificación de la intervención penal, tanto desde la perspectiva de la lesividad¹ como de la intervención subsidiaria del Derecho penal.

Sin entrar, en este momento, en la solidez de los resultados alcanzados con esta regulación, lo cierto es que la comparativa entre la tipificación de la corrupción pública y la privada o de los negocios, muestra de manera clara, aunque con matices, una doble característica que permite enfrentar el estudio conjunto de ambas materias. Por un lado, la proximidad en el rango de conductas típicas de ambos fenómenos delictivos es evidente, consistiendo la acción típica de la mayor parte de las formas de corrupción privada en hechos que, si se produjesen en el sector público, serían calificadas de cohecho o de tráfico de influencias, tanto para funcionarios como para particulares. Por otra parte, si bien la desconexión de ambas clases de corrupción se produce en el terreno de los intereses penalmente protegidos, lo cual se manifiesta, en especial, por la ubicación sistemática de los Capítulos dedicados a la corrupción pública y a la privada (estos últimos entre los delitos relativos al mercado y los consumidores), no es menos cierto que la práctica corrupta entre empresas y administraciones públicas esconde numerosos ejemplos de conductas de corrupción privada vinculadas a las primeras, como *modus operandi* propio dirigido al mayor éxito de ambas formas de corrupción en la búsqueda de un fin único marcado por la idea de beneficio económico.

Uno de los ejemplos más frecuentes se representa mediante la concertación de voluntades societarias para concurrir a los concursos o licitaciones públicas, mediante un sistema de rotación pactado que busca dos objetivos: excluir al mayor número de competidores posible de dichos concursos, y asegurar la obtención de los mismos mediante un reparto

¹ Al respecto, FARALDO CABANA, Patricia, "Hacia un delito de corrupción en el sector privado", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIII, n° 135, 2002, pp. 60 y ss.

aparentemente no dirigido, que incluso puede excluir el conocimiento y consentimiento en ocasiones de las propias Administraciones Públicas, que elimina por completo la idea de competencia en favor de aquel a quien corresponda el turno de reparto.

La Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia de España ha cuantificado en 2017 el daño que produce la concertación de empresas para acceder a las licitaciones públicas, cifrándolo en 40.000 millones de euros, dato considerado como sobre coste anual de la falta real de competencia entre empresas participantes en los concursos públicos². Sólo el dato de la contratación pública a nivel de Unión Europea es ilustrativo de la relevancia del problema: en 2008 la compra de bienes, obras y servicios del sector público alcanzó el 17,23% del PIB, 2.155 billones de euros, superando el 19% en 2010³.

El éxito de este tipo de comportamientos, además, no va a ser más triunfante sólo por la eficacia con la que se desarrolle la propia concertación privada entre los sujetos concernidos, sino que suelen llevar aparejadas conductas adicionales que funcionen a modo de garantía de todo el proceso. Conductas que se dirigen tanto a los responsables públicos como a los competidores no implicados en estos procesos. A los primeros, en forma de corrupción pública pura, mediante el ofrecimiento de sobornos a los funcionarios para que sean conocedores y respetuosos con el sistema de turnos concertado y actúen de acuerdo con dicha rotación; a los segundos, mediante el torcimiento de su voluntad a través de delitos contra la libertad, como las amenazas, o a través de sistemas de exclusión del mercado por presiones a proveedores, clientes, entidades financieras u otros operadores determinantes para su subsistencia. A estas, se les pueden sumar otras conductas de-

² Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia, *Guía contra el fraude en la licitación pública*, en <https://www.cnmc.es>.

³ GIMENO FELIU, José María, "La corrupción en la contratación pública", en *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, coord. Graffe González, Dykinson, Madrid, 2016, p. 13.

nunciadas por la propia CNMC, como son los boicots a los concursos públicos mediante la abstención concertada de las empresas del sector, para forzar una declaración de concurso desierto y redirigir la oferta pública hacia los procedimientos negociados, en los que la transparencia merma considerablemente respecto a las licitaciones publicitadas.

Si bien estas últimas suponen, desde el punto de vista del perjuicio a los intereses públicos, el mayor volumen del daño producido, no constituyen el único ámbito de interés para el problema de la conexión entre ambas formas de corrupción. Junto a los concursos y subastas, que tendrán su específica respuesta penal, la normativa de contratación pública y la propia estructura compleja de gestión de los intereses de las administraciones hacen que el campo de funcionamiento de las corrupciones públicas y privadas sea más cercano que el que marca la separación sistemática de la respuesta penal en apariencia.

Estos comportamientos mafiosos, paralelos a las conductas de corrupción pública y privada, presentan sus propias complejidades penales, tanto desde el punto de vista de la prueba como de la calificación de los hechos, pero es en la propia determinación de la tipicidad de la corrupción privada donde se presentan los mayores retos técnicos a resolver. Por lo tanto, será objeto de estudio el elenco de conductas que los operadores privados realizan durante la contratación pública, y susceptibles de ser calificadas como corrupción en los negocios, a la vez que forman parte del fenómeno general de corrupción pública como proceso natural en el que ambas formas de corrupción conviven y se retroalimentan.

2. CORRUPCIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS: ENCUENTROS CONCEPTUALES Y FENOMENOLÓGICOS

La incorporación paulatina de la corrupción privada o de los negocios a las legislaciones penales nacionales y a los instrumentos legislativos internacionales no constituye el descubrimiento de un ámbito de ilicitud penal nueva equiparable en relevancia al de la tradicional corrupción pública y/o política. Esto es, un sector que emerge de manera au-

tónoma e independiente de la actividad de las administraciones y que se vincula de forma exclusiva con la actividad propia negocial.

El castigo de la corrupción privada sólo se entiende a partir de la construcción técnica y sustantiva de la corrupción pública, porque el sustantivo que comparten ambas formas de delincuencia llega al Derecho penal mediante un juicio negativo de valor sobre conductas en la Administración pública que rompen una expectativa de conducta en favor del interés público colectivo. Y no sólo es una cuestión cronológica, por la aparición temprana y anterior de delitos como el cohecho o las negociaciones prohibidas a los funcionarios, sino porque, si se llegase a plantear la eliminación de la relevancia penal de estos delitos relacionados con lo público, la consecuencia más coherente sería la inmediata desaparición de toda forma de corrupción de la esfera criminal, por la difícil legitimación de esta clase de castigo en esas nuevas condiciones.

Ello no implica, lógicamente, que ambas formas de corrupción tengan una vida legal paralela y dependiente. Por un lado, porque los bienes jurídicos en juego son de naturaleza y alcance sin verdadera conexión, y porque los sujetos implicados carecen de las características propias limitadoras de los delitos especiales de funcionario, a pesar de la evidente construcción típica de estos delitos sobre la estructura de los delitos de cohecho, propio e impropio.

La disociación, por lo tanto, se puede sostener, incluso en los supuestos en los que sea posible aprovechar las construcciones teóricas doctrinales y jurisprudenciales sobre aquellos elementos típicos que, de forma obvia, comparten los delitos de corrupción pública y privada: los conceptos de recibir y aceptar, en los sentidos del cohecho propio e impropio y de la corrupción privada propia e impropia y, no menos, en los elementos típicos de la propia conducta de corrupción de funcionarios en las transacciones económicas internacionales. Por lo tanto, se puede predicar la autonomía de estos grupos de delitos, tanto como la interdependencia político-criminal en su impulso y existencia, así como en la conexión criminológica que, en abundantes casos, se viene produciendo entre

corrupción privada y corrupción pública en la actividad propia de la gestión económica de los recursos públicos⁴.

Es esta cercanía en el origen y la creciente interdependencia material la que explica la respuesta legal expansiva de la corrupción privada, anclada en dos factores ya señalados por Terradillos: la globalización como fenómeno de internacionalización de la economía y de las decisiones públicas relacionadas con ella, y la progresiva asunción de protagonismo de los operadores privados en la gestión de los intereses públicos⁵, difuminándose, cada vez de forma más intensa, la separación de lo público y de lo privado, con el consiguiente acercamiento, también, del castigo penal de lo referente a lo público y a lo privado.

Desde la perspectiva de la descripción del fenómeno, en cuanto a la proximidad de las conductas de corrupción privada con la actividad propia del sector público, el abanico de posibilidades de presentación de estas conexiones no es escaso ni sencillo en su desarrollo, ya que la propia existencia de una actividad económica propia de las Administraciones Públicas, a través de lo que se denomina como sector público instrumental, dificulta establecer una frontera clara entre *delincuencia pública y delincuencia privada*.

Esas fronteras están claras cuando la conducta corrupta se produce exclusivamente entre operadores económicos privados –corrupción en los negocios–, o en el seno de lo que podemos denominar como Administración pura, es decir, entidades de Derecho público, gestionadas por funcionarios –art. 24.2 del Código penal–, aunque se desarrolle en relación con particulares, porque eso forma parte de la gestión pública para los ciudadanos –corrupción pública–.

⁴ Sobre la existencia de cárteles de empresas que conciertan acuerdos para repartirse los contratos públicos, de nuevo, en septiembre de 2018, la Comisión Nacional del Mercado de Valores denuncia estas prácticas, en <https://www.vozpopuli.com>.

⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Corrupción, Globalización y Derecho penal económico”, en *Revista de la Facultad de Derecho, PUCP*, n° 74, 2015, pp. 12-13.

Pero, cuando las distintas formas de corrupción se producen en el terreno de los grises que representan la actividad económica de la Administración, la calificación jurídico-penal de las conductas ilícitas que se pueden producir en este territorio complejo puede oscilar como un péndulo desde la corrupción pública a la corrupción en los negocios, en función de la caracterización jurídico-pública o jurídico-privada de los sujetos intervinientes, de la naturaleza legal de las estructuras sociales participantes y de las funciones concretas que puedan ser objeto de desarrollo por esos sujetos en dichas entidades.

Atendiendo a esa posible combinación de factores y elementos, se puede abordar la fenomenología, y, más adelante, la interpretación jurídico-penal de los supuestos, distinguiendo entre las siguientes posibles categorías de casos:

a) Supuestos de corrupción en los que sujetos privados se relacionan directamente con entidades de derecho público para desarrollar actividades propias de la Administración.

En esta clase de corrupción, dependiendo de la fase y con qué clase de participación, se pueden a su vez distinguir subclases de corrupción pública o privada:

1) Conductas de corrupción privada entre los operadores privados realizadas durante la pre-participación o durante la tramitación en los concursos o procesos negociados, que se desarrollan de forma ajena a la intervención de la Administración. Caso Intersystem, Colombia⁶; caso Cártel informático, España⁷.

2) Conductas de corrupción privada entre los operadores privados en la pre-participación o durante la tramitación de la licitación o concurso público, o en cualquier otra forma de contratación pública, que se desarrollan con conocimiento y omisión de actuación de los responsables públicos.

⁶ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia, *Guía práctica. Combatir la colusión en las licitaciones*, 2007, en <http://www.sic.gov.co>.

⁷ Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia, <https://www.cnmec.es>.

3) Conductas de corrupción privada entre los operadores privados en la pre-participación o durante la tramitación de la licitación o concurso público, o en cualquier otra forma de contratación con la Administración, que se desarrollan con conocimiento e impulso activo de los responsables públicos.

4) Conductas de corrupción pública directa de funcionarios y particulares que se conciertan para resolver las licitaciones públicas o la adjudicación de contratos en favor de sujetos privados, pudiéndose producir de forma paralela situaciones de corrupción privada tendentes a mejorar la posición licitadora o negociadora de unos en perjuicio de otros. Caso Fórmula 1, España; caso Alex Kuori, Perú.

b) Supuestos de corrupción en los que los sujetos privados se relacionan con sociedades creadas, participadas o gestionadas por las Administraciones Públicas, sometidas al Derecho de sociedades, pero condicionadas por el mecanismo de nombramiento de los gestores, la participación económica de la Administración en dichas sociedades o por el interés público o privado que gestionan dichas entidades del sector público instrumental.

En función de las características de constitución, nombramiento, gestión y objeto de estas sociedades, las subclases de corrupción serían las siguientes:

1) Conductas de corrupción privada en todos los casos en los que la actividad pública instrumental sea de carácter minoritario, y el nombramiento de los directivos y altos cargos no provenga de la Administración⁸.

2) Conductas de corrupción privada entre los operadores privados, desarrolladas en la negociación mercantil realizada con entidades del sector público instrumental, con conocimiento y omisión de actuación de los gestores públicos.

3) Conductas de corrupción privada entre los operadores privados desarrolladas en la negociación mercantil realizada

⁸ GÓMEZ RIVERO, Carmen, "El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental", en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 18-06, 2016, p. 11.

con entidades del sector público instrumental, con conocimiento e impulso activo de los gestores del sector público.

4) Conductas de corrupción pública directa de gestores del sector público instrumental y de particulares que se conciertan, para cerrar negocios mercantiles en favor de los sujetos privados, pudiéndose producir de forma paralela situaciones de corrupción privada tendientes a mejorar la posición negociadora de unos en perjuicio de otros.

c) Supuestos de corrupción originados de manera directa dentro de las sociedades del sector público instrumental, y que se desarrollan en el contexto de la negociación típica mercantil, que coincidirán, normalmente, con el apartado d) del subapartado anterior.

Las conductas corruptas conducen igualmente a dos subclases de actuaciones corruptas:

1) Conductas de corrupción pública, cuando se presenten los requisitos para calificar los hechos y a sus autores como delitos contra la Administración pública. Caso Rilco, España⁹.

2) Conductas de corrupción privada cuando la tipificación de la conducta y las características de los autores y las entidades sólo permitan incriminar los hechos cometidos por corrupción en los negocios.

Esta posible agrupación de supuestos en los que puede presentarse la casuística de parte de la corrupción solo aspira a representar a aquella parte de la misma que, dependiendo de los elementos presentes, permite plantear una duda respecto de si los tipos penales aplicables son los propios de la corrupción pública, los de la corrupción en los negocios o, finalmente, si lo que se produce es la concurrencia de ambos en una misma conducta criminal.

Por lo tanto, las páginas que siguen sólo afrontan el análisis jurídico de aquellos supuestos en los que la actividad privada comercial corrupta se relaciona con los actos propios de la Administración o del sector público instrumental, con la finalidad de delimitar aquellos supuestos en los que ambas

⁹ Ver la sentencia en <https://supremo.vlex.es>.

formas de corrupción pueden concurrir, en forma de concurso de delitos, de aquellos otros en los que una de las dos formas de corrupción excluye la presencia de la otra como consecuencia de la interpretación dogmática de los correspondientes tipos penales.

3. LA CORRUPCIÓN PRIVADA EN LOS NEGOCIOS COMO PUNTO DE PARTIDA

Las formas de corrupción privada desarrolladas durante la actividad negocial ejercida entre particulares constituyó una completa novedad en la legislación penal española en la reforma del Código penal en 2010, que, hasta ese momento, sólo contemplaba como punibles las conductas de corrupción en la Administración Pública, basados en la exigencia de especiales deberes de conducta a personas vinculadas con la Administración y en la relevancia jurídica otorgada a su quiebra. Además, la trascendencia de los intereses públicos en juego justificaba que en ese ámbito sí se procediera a imponer sanciones penales. El legislador, apoyándose en la Directiva Marco 2003/568/JAI de la UE, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, incorporó la que se producía entre particulares como tipo penal nuevo en el art. 286 bis)¹⁰, en un capítulo dedicado a la protección del mercado y los consumidores.

¹⁰ Art. 286 bis del Código penal: “1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. 2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales...”.

El cambio legal introducido por la reforma del Código penal en 2015, creando una nueva Sección en el Capítulo XI, y añadiendo nuevas conductas fuera de la Sección 3ª de los Delitos relativos al mercado y los consumidores, obliga a precisar los efectos de la nueva ubicación y el contenido de los preceptos, especialmente en cuanto a identificar la naturaleza del o de los bienes jurídicos concurrentes relacionados con la participación de los operadores privados en los mercados en condiciones de competencia legal y leal. Este interés no está directamente relacionado con la igualdad, ya que la competencia económica no se desarrolla bajo ese presupuesto, sino con la necesidad de que la intervención de los diferentes sujetos en el mercado se base en condiciones conocidas por todos¹¹. Si algún operador económico, mediante actos de corrupción interviene en el mercado con ventajas previas y desconocidas por los demás competidores, la competencia se desarrolla en condiciones de deslealtad¹², aunque el objetivo en la competencia leal sea apartar al resto de competidores y colocarse en situación de superioridad.

¹¹ Sobre la superación de la visión patrimonialista de la corrupción privada de carácter delictivo, FOFFANI, Luigi, "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del Derecho comparado", en *Revista Penal*, n° 12, 2003, p. 70.

¹² Sobre la polémica doctrinal relativa a la identificación del bien jurídico protegido en los delitos de corrupción privada en los negocios, véase GILI PASCUAL, Antoni, *El delito de corrupción en el sector privado*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 69 y ss.; GIL NOBAJAS, María Soledad, "El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo de puro de competencia", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 571 y ss.; Bolea Bardón considera la competencia como justificación de la intervención penal siempre que pueda concretarse en la capacidad competitiva de la empresa *ad extra* y *ad intra*: no desplazamiento de terceros ante peores ofertas, e interés de la empresa para que el encargado opte por la mejor oferta ("El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*", en *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, coord. Graffe González, ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 110.

El art. 286 bis recoge dos conductas diferentes según cuál sea la posición del sujeto en el comportamiento corrupto. En primer lugar, e invirtiendo el orden del precepto reformado, castiga la conducta del sujeto activo que recibe, solicita o acepta un beneficio o ventaja no justificado de cualquier naturaleza a determinados sujetos especificados en el tipo –apartado primero–, que puede ser cualquiera, y, en segundo lugar, invirtiendo la posición de los sujetos, a quien prometa, ofrezca o conceda dicho beneficio o ventaja a un sujeto de los determinados en el tipo (caso Korkengeld, Alemania)¹³. Se trata, en el primer apartado, de un delito especial que castiga sólo a quienes sean directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, eliminando la referencia a las anteriores figuras de la asociación, fundación u organización y sustituyendo esta limitación por la referencia al art. 297 del Código penal, que facilita la definición del concepto de sociedad condicionado a su participación permanente en el mercado, lo que, en la práctica, supone reducir la aplicabilidad de la corrupción entre particulares al excluir como sujetos activos a todos los que actúen en el seno de una organización que no participe en el mercado de forma permanente. Esta exclusión podría interpretarse como un afán de excluir de estos delitos a las organizaciones vinculadas a la actividad política que, por su naturaleza, no actúan de forma permanente en el mercado.

El delito tiene una estructura próxima al delito de cohecho, pero redactado de forma más simple y con menos modalidades delictivas, de forma que solamente pueden estar implicadas entidades privadas. Si alguna entidad pública interviene en los hechos, resultarían aplicables, en principio, los arts. 419 y ss. del Código penal, aunque más adelante se analizará si ambos tipos de delitos pueden concurrir. Sólo se castiga la modalidad equivalente al cohecho propio, siendo impunes los actos que consistan simplemente en recibir re-

¹³ NAVARRO FRIAS, Irene - MELERO BOSCH, Lourdes Verónica, “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, en *InDret*, nº 4, 2011, p. 5.

galos, actos que en el terreno público constituirían cohecho impropio del art. 422 del Código penal.

Se trata de un delito que no requiere que se produzca un resultado beneficioso para el sujeto corrompido, pues basta con la promesa u oferta del beneficio o ventaja para que el delito esté consumado. Como ese beneficio o ventaja puede tener cualquier naturaleza, no sólo económica, resultará complejo establecer la obtención de la misma cuando se trate, por ejemplo, de adquirir una posición de mayor control no formal en el seno de una empresa o, incluso, de ventajas no relacionadas con la misma empresa o sociedad en la que se lleve a cabo la infracción penal.

Como en el caso de los funcionarios públicos, el castigo tiene sentido frente al incumplimiento de obligaciones de los sujetos sobornados en el desarrollo de su actividad empresarial o societaria. La falta de justificación y el incumplimiento de las obligaciones suponen la necesidad de conocer cuáles son las normas mercantiles y contractuales que obligan al sujeto a no aceptar los beneficios o ventajas y tendrán que poder ser relacionadas con la competencia desleal que se encuentra en el fondo de la intervención penal.

En las dos modalidades se ha incorporado un elemento subjetivo específico. En el apartado primero, con la expresión “para favorecer indebidamente a otro”, y, en el apartado segundo, mediante otra de dirección contraria consistente en actuar “para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero”. Estos elementos impiden la apreciación de dolo eventual.

El apartado tercero del artículo recoge un tipo atenuado que atiende a la cuantía del beneficio o valor de la ventaja y a la relevancia del papel que el sujeto tiene en la organización para reducir la pena cuando se trate de hechos de escasa trascendencia. Resulta extraño, no obstante, que la reducción de pena sólo pueda hacerse atendiendo a la cuantificación del beneficio o valoración de la ventaja cuando el tipo básico afirma expresamente que los mismos pueden ser de cualquier naturaleza.

Finalmente, el precepto en su apartado cuarto recoge una forma especial de corrupción entre particulares cuando se produce en el ámbito deportivo. Parece que el legislador no

estaba convencido de que el tipo básico acogiera de forma amplia los supuestos de fraude en el deporte, por lo que extiende las prohibiciones de los apartados anteriores a estos casos, siéndoles aplicables todos los requisitos analizados con anterioridad. Tras la reforma, tiene más sentido su mantenimiento porque ya no es coincidente la referencia del apartado quinto al art. 297 con la identificación del sujeto activo como perteneciente a una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de esta. El tipo de entidades deportivas excede al de las empresas mercantiles o asociaciones del tipo básico.

La LO 1/2015 ha cambiado el sentido del castigo de la corrupción en el deporte introduciendo nuevas limitaciones relativas al ámbito deportivo en el que pueden penalizarse las conductas. En primer lugar modificando la redacción final del primer párrafo del art. 286 bis 4) y sustituyendo la expresión “profesional” por la de “especial relevancia económica o deportiva”. Se subjetiviza el tipo al sustituir un requisito fácilmente determinable como es la profesionalidad de la actividad deportiva, esto es, la sometida a específicas normas administrativas y fiscales, por uno indeterminado como es la especial relevancia que se le pudiera otorgar, llegado el caso, por los medios de comunicación especializados o por entes supraestatales no públicos.

La última incorporación importante a esta sección se introduce con el nuevo art. 286 ter, que supone el traslado, con importantes cambios, del antiguo delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales del modificado art. 445 del Código penal, a una nueva modalidad de corrupción en los negocios de ámbito internacional, pero que, a diferencia de los tipos anteriores de esta Sección, implica a particulares y autoridades o funcionarios públicos como sujetos del delito.

La reubicación de la conducta entre los delitos de corrupción en los negocios, y la extensión de los sujetos *corrompidos* a cualquier autoridad o funcionario, obliga a identificar un bien jurídico acorde con la sistemática utilizada y el contenido incorporado. Si bien las similitudes con el cohecho activo del art. 424 del Código penal son evidentes, coincidiendo también la penalidad, el elemento determinante de la infracción es la realización de actividades económicas internacionales.

El abandono de la figura exclusiva del funcionario extranjero o de organizaciones internacionales como partícipe necesario, para incluir a toda clase de autoridad o funcionario como sujeto a corromper, sitúa en la internacionalidad de la actividad económica o de los negocios el fundamento del castigo diferenciado de la propia corrupción de particulares y del cohecho activo. Por lo tanto, se constituye en delito pluriofensivo contra la competencia leal y contra los intereses de la Administración, sea esta española o extranjera, aplicándose de forma preferente al resto de tipos penales que puedan concurrir por el principio de especialidad.

4. LOS SUPUESTOS DE CORRUPCIÓN PRIVADA EN LOS NEGOCIOS EN CONEXIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL SECTOR PÚBLICO INSTRUMENTAL

La posible combinación de supuestos de corrupción analizados en el apartado 2 de este trabajo plantean solamente la posible aplicación de los delitos de corrupción privada y de corrupción pública, bien de manera alternativa o en forma de concurso de delitos, además de la posible existencia puntual de responsabilidades penales en los funcionarios públicos que omitan impedir delitos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de su cargo y en los que no tengan participación alguna.

En la determinación de estas responsabilidades, al menos en relación con el objetivo marcado en este trabajo, los problemas de mayor relevancia tendrán que ver con la determinación de la clase de participación que los sujetos públicos y privados tienen en cada posible infracción, dada cuenta de que ambas clases de infracciones constituyen delitos especiales por la configuración de una autoría limitada a sujetos que reúnan determinadas características que no concurren en cualquier sujeto: ser funcionario, en la corrupción pública, o ser directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, al menos, en los casos de corrupción privada pasiva, no en la activa, que se configura como un tipo común.

En coherencia con la presentación de supuestos realizada con anterioridad, se abordarán las responsabilidades pena-

les específicas siguiendo dicho esquema, aunque algunos supuestos se abordarán de forma conjunta para evitar innecesarias reiteraciones en su exposición y análisis.

a) Supuestos de corrupción privada relacionados con la actividad directa y propia de la Administración

La participación de las entidades privadas en las ofertas públicas mediante concursos o mediante procesos negociados de contratación, con el objeto de desarrollar actividad productiva propia de las administraciones, o para la gestión de servicios públicos, constituye para buena parte de esas entidades la razón de ser de su existencia, ya que el volumen de negocio que representan las actividades industriales, de servicios o, sobre todo, de infraestructuras, de las administraciones públicas, supera en muchas ocasiones la capacidad económica de la mayor parte de las sociedades mercantiles que actúan como agentes económicos en los Estados, eso sí, si se excluyen a determinadas multinacionales que son, prácticamente, un Estado privado, en sí mismas.

Por lo tanto, el interés por hacerse con el mayor número de contratos públicos es un objetivo de primer orden para la propia existencia y subsistencia de dichas sociedades mercantiles, lo cual desata una enorme competencia entre ellas para obtener las licitaciones que se hacen públicas o para negociar contratos de adjudicación directos. Esta fuerte competencia, al menos en teoría, supone una gran ventaja para la Administración, ya que permite seleccionar con criterios objetivos la oferta que resulta más beneficiosa para el ente público convocante y para los intereses públicos, en general.

Pero ello, lógicamente, genera una profunda tensión entre los competidores de un mismo sector, que, cuantitativamente, son un grupo reducido en cada sector y en cada oferta lanzada desde el sector público, especialmente en las que provienen del Estado, incluso de un conjunto de Estados, ya que el volumen de negocio que representan muchas de ellas solo permite participar en la práctica a grandes corporaciones, bien de forma directa, o a través de filiales o de pequeñas o medianas empresas aparentemente autónomas sobre las

que tienen un fuerte poder de control económico (Caso Castor, España¹⁴).

En situación de competencia perfecta y de cumplimiento estricto de la normativa administrativa sobre contratos públicos, los intereses públicos serán los principales beneficiados, pero la tentación de reducir aquella tensión entre los competidores es elevada, y el fraude y la corrupción emergen como una posible salida a la presión que conlleva la necesidad de alcanzar el éxito en los negocios.

La resolución ilícita del problema que presenta la competencia leal para las empresas que concurren a ofertas de las Administraciones Públicas o que pretenden obtener contratos negociados en competencia con el resto de entidades del sector, puede presentarse en dos ámbitos: mantenerlo en el ámbito privado, de modo que la competencia haya dejado de existir antes de la concurrencia a la licitación o negociación pública, o, en una segunda fase, implicar a los operadores públicos en el falseamiento de la competencia, bien para que omitan cualquier intervención ante una apariencia de irregularidad o para que actúen favoreciendo y resolviendo en el mismo sentido en el que el fraude a la competencia ya se ha materializado previamente.

En el primero de los casos, cuando una empresa competidora corrompe a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil para que presenten una oferta inaceptable para la Administración, defectuosa o, simplemente, sin capacidad para competir con la del corruptor, pudiendo hacerlo, con claridad vendría en aplicación el art. 286 bis del Código penal español, ya que, como exige el tipo objetivo del delito, tras la ventaja o beneficio ofrecido al sujeto corrompido se ofrece como contraprestación favorecer indebidamente a otro en la contratación de servicios. La naturaleza pública del servicio objeto de la contratación no

¹⁴ Ver, al respecto, el *Informe sobre el proyecto Castor*, del Síndic de Greuges de Catalunya, de 2014, en <http://www.sindic.cat>; también, sobre el blindaje de las indemnizaciones y la creación de una estructura de sociedades *ad hoc* para esta clase de licitaciones, <https://www.odg.cat>.

modifica la naturaleza privada de la conducta y la aplicación del delito de corrupción privada en los negocios sigue siendo la única vía sancionadora en vía penal.

En este punto es preciso hacer una salvedad, que condiciona el desarrollo del contenido que sigue, y que está relacionada con la clase o procedimiento de contratación que se siga por parte de las Administraciones Públicas. La existencia en el Código penal español del art. 262, relativo a la alteración de precios en concursos y subastas públicas¹⁵, castiga conductas propias de la corrupción pública y privada en relación con los concursos y subastas públicas convocados tanto en el sector privado como desde la Administración, algunas de cuyas formas típicas pueden coincidir plenamente con la acción típica de la corrupción en los negocios o del cohecho. Cuando la acción se desarrolle en el exclusivo ámbito privado, aunque la subasta o concurso lo convoque la Administración, y coincida la acción típica con la de la corrupción privada del art. 286 bis del Código penal, la norma aplicable, por el principio de especialidad recogido en el art. 8.1 del Código penal español, será el de alteración de precios en concursos y subastas del art. 262. Si la dádiva o promesa, artificio o concertación, fueren acompañados de alguna clase de soborno a un res-

¹⁵ Art. 262 del Código penal: "1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años. 2. El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades".

ponsable público, en las subastas o concursos de la Administración, podrían estar presentes ambas conductas corruptivas y castigarse en concurso de delitos un delito de cohecho con otro de alteración de precios en concursos y subastas.

Manteniéndonos en el exclusivo terreno de la corrupción privada general, más dudosos son los supuestos en los que la concurrencia fraudulenta no se produce como consecuencia de la corrupción de sujetos que perjudican a la entidad a la que están vinculados, sino mediante un acuerdo entre empresas para crear un cártel que planifique un reparto ordenado de contratos públicos, sin participación activa u omisiva de los responsables públicos, en el que todos se benefician a costa del interés público.

Aunque en estos casos la competencia leal queda falseada, la viabilidad de aplicar el delito de corrupción en los negocios es prácticamente inviable, sólo pudiéndose generar responsabilidades administrativas ante la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia por concertación ilícita con perjuicio para los intereses públicos y, de forma adicional, al resto de competidores no integrados en el grupo –de nuevo, haciendo la salvedad de que si se produce en subastas o concursos públicos, podría aplicarse el art. 262 del Código penal–.

La existencia y clase de responsabilidad penal va a depender de la metodología seguida para crear y mantener el acuerdo entre empresas, ya que es posible que la propia voluntad de integrarse en el cártel sea consecuencia de un acto de corrupción de unos sobre otro, u otros, reticente a integrarse en el grupo en el momento de su creación, o en una fase de incorporación posterior. Si los administradores de una sociedad claramente líder en un sector económico aceptan formar parte del cártel, con evidente perjuicio para la sociedad que administran, pero sin que medie un beneficio o ventaja no justificado, no se podrá aplicar el delito de corrupción privada en los negocios, aunque sí podría calificarse la conducta como un delito de administración desleal, de acuerdo con lo establecido en el art. 252 del Código penal, si se causa un perjuicio económico al patrimonio administrado, con la limitación propia de los sujetos activos a quienes puedan ser considerados como administradores, lo que excluiría la res-

ponsabilidad penal de directivos, empleados o colaboradores por cualquiera de las dos vías de castigo.

En cambio, integrarse en el cártel solamente para mantenerse dentro de posiciones de privilegio frente a otros competidores, siendo las ventajas de la concreta corrupción positivas tanto para las demás entidades participantes en el grupo como para la propia del sujeto que obtiene una ventaja no justificada, no permitiría la aplicación del delito de corrupción privada por falta de tipicidad de la conducta.

En la práctica, los comportamientos de estos grupos o cárteles con los competidores no integrados en el mismo suelen reiterar la conducta corrupta con administradores o trabajadores de esas otras sociedades para que acepten la situación de control del mercado por parte del cártel, lo que representa un claro caso de corrupción privada activa o, en el peor de los casos, se recurre al terreno de los delitos contra la libertad, en forma de amenazas y coacciones, o contra la integridad física en casos extremos (caso Gürtel, España¹⁶).

De manera diferente se presentan las situaciones en las que los casos de corrupción privada en los negocios relacionados con el sector público implican la intervención de las autoridades o funcionarios con conocimiento de la situación de corrupción privada previa o coetánea durante el desarrollo de sus funciones públicas en la contratación.

Como se analizó en la descripción inicial de casos, la intervención de los responsables públicos aquí puede materializarse de forma exclusivamente omisiva, conociendo la creación del cártel y la existencia de la corrupción privada y no realizando acto alguno para impedirlo, o puede involucrarse de forma activa, facilitando e impulsando ese método de falseamiento de la competencia con la toma de decisiones en favor de los grupos en cuestión, sin llegar a beneficiarse directamente de la existencia o funcionamiento del cártel.

¹⁶ Véase la instrucción del caso Gürtel, en su rama de Baleares, en particular, las amenazas del máximo responsable a competidores en la adjudicación de obras y servicios públicos ofertados por administraciones controladas por el Partido Popular: <https://elpais.com/politica>.

En los supuestos omisivos, al no poder imputarse alguna clase de participación al funcionario en comisión por omisión, ya que la corrupción privada no entra dentro del marco de control legal del funcionario mediante la exigencia del deber de garantía, sólo podría imputarse al responsable público un delito de omisión del deber de impedir la comisión de delitos del art. 408, ya que la obligación general de impedir delitos para cualquier ciudadano (art. 450) sólo afecta a un listado restringido de delitos contra las personas, entre los que no figura, lógicamente, la corrupción. No obstante, y si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ampliado la interpretación tradicional que limitaba los sujetos activos a los que fuesen integrantes del sistema de persecución penal a otros funcionarios que, por sus funciones, tienen un deber especial de perseguir delitos –como serían los inspectores de Hacienda¹⁷–, esta ampliación se ha venido realizando sobre delitos contra intereses públicos o intereses colectivos, pero no sobre bienes patrimoniales individuales. Ampliar la obligación de perseguir delitos a todos los funcionarios con responsabilidades en la tramitación y adjudicación de cualquier contrato público, y en relación con bienes jurídicos de carácter privado, sería un ejercicio de extensión de la punibilidad del art. 408 que excedería con creces el fin de protección de la norma que ese delito representa.

Otra cuestión es que se pueda interpretar por el funcionario concernido que esos actos de corrupción privada repercuten negativamente sobre los intereses públicos al incrementar ficticiamente los precios de las ofertas, con el daño correspondiente al peculio de la Administración, hecho que le generaría la obligación administrativa de impedir el fraude o de denunciar la ilegalidad de la concurrencia ilícita, pero, aun así, sería un exceso imputarle un delito de no impedir que se cometa la corrupción privada, o la alteración de precios en subasta, en el caso de no denunciarlo, y sólo debería responder en la vía disciplinaria administrativa.

¹⁷ FABIÁN CAPARROS, Eduardo, “Delitos contra la Administración pública”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, coord. Terradillos Basoco, ed. Jurídica Continental, San José, 2017, p. 214.

En cuanto a las conductas activas de los funcionarios que conocen la corrupción privada de sujetos cometida para acceder a la contratación pública en general, parece conveniente entrar en la descripción ejecutiva del *modus operandi* habitual de esta clase de comportamientos.

Sin que sea necesario que los funcionarios participantes en la fase de contratación lleguen a cometer un delito, al menos el delito de cohecho por no existir el acto de soborno –sin descartar aún la posibilidad de cometer un delito de fraude y exacciones ilegales, del art. 436 del Código penal–, buena parte de los actos de fraude provienen de un mecanismo de facilitación de la contratación pública que consiste en que uno o varios sujetos concertados se encargan de construir el armazón legal y material de las convocatorias de la Administración, reconduciendo las condiciones y requisitos de las mismas a las principales características de los sujetos privados que la desarrollan. Posteriormente, la entidad pública asume los correspondientes pliegos como si fuesen de elaboración propia, allanando el terreno a la entidad privada a la que se quiere favorecer, aunque no sea necesariamente en este sentido.

En esa fase preliminar de la contratación se pueden materializar algunos de los siguientes fraudes:

- Necesidad de reconocimiento: cuando se solicitan bienes y servicios innecesarios o de forma excesiva.
- *Bid Tailoring*: cuando los requerimientos y especificaciones están direccionados a un contratista, proveedor o vendedor en específico.
- *Bid Splitting*: cuando un proyecto grande que requiere de licitación competitiva se divide en proyectos más pequeños para realizarlos por procesos abreviados y directos.
- Métodos injustificados de contratación: cuando se contrata de forma directa o cuando se crea el proceso de contratación con pocos días para que otros contratistas no tengan tiempo de participar.
- Cambio de órdenes: cuando se tiene previamente preparada una propuesta como ganadora con el precio más bajo y se planea ajustar después al precio real.

Los fraudes en esta fase suelen obedecer a un contacto de amistad, cercanía o trato de conveniencia económica entre las personas que identifican los requisitos y el contratista, vendedor o proveedor¹⁸.

En la fase de solicitud, la de publicación y puesta en conocimiento general, de igual forma, pueden producirse situaciones claramente fraudulentas en favor de algunos de los contratistas o concursantes:

- Manipulación de la licitación: cuando el empleado ejerce influencias para ir direccionando su interés hacia un contratista.
- Fuga de información: las propuestas comerciales son confidenciales en los procesos de licitación competitivos hasta que se cierre la etapa de participación. Un empleado corrupto puede entregar información de estas propuestas a otros competidores antes de cerrarse la convocatoria.
- Colusión entre contratistas: cuando se confabulan dos o más proveedores para vencer a la competencia e inflan los precios artificialmente.
- Precios defectuosos: cuando los contratistas inflan los precios intencionalmente a través de negocios previos con el empleado contratante.

Durante la evaluación:

- Manipulación de la licitación: cuando el empleado ejerce influencias para seleccionar un contratista.
- Fuga de información: un empleado corrupto puede entregar información de estas propuestas a otros competidores antes de cerrarse la evaluación.
- Colusión entre empleados y contratistas: cuanto mayor sea el nivel de responsabilidad que tenga un empleado que participe en la evaluación, más fácil será para él influenciar a otros para la elección de su proveedor, con el que previamente acordó un beneficio económico.

¹⁸ Con mayor detalle, véase el documento del Gobierno de Cantabria, "El fraude en los contratos y en la contratación pública. Sistema de Alertas", sin fecha, en www.interreg-sudoe.eu.

Por último, durante la fase de ejecución del contrato:

- Bienes y servicios que no cumplen: cuando se falla en el cumplimiento de las especificaciones del contrato o hay sustituciones del producto o servicio ofrecido originalmente.
- Abuso en el cambio de órdenes: cuando se generan adendas al contrato modificando sus responsabilidades y reduciéndolas.
- Sobrecostes: cuando de acuerdo con los empleados se generan sobrecostes injustificados y se cargan al contratante para incrementar el beneficio.

Todas las modalidades de fraude descritas, a causa de la activa participación del funcionario público que interviene en la contratación, pueden alcanzar relevancia penal en las diferentes modalidades delictivas ya señaladas de cohecho, de tráfico de influencias, de alteración de precios públicos en concursos y subastas o de fraude y exacciones ilegales. Para que ello sea así, es necesario que el funcionario o autoridad intervenga en el proceso de contratación lesionando un bien jurídico de la Administración, no el de un particular, porque entonces el delito se convertiría seguramente en un delito común en el que el funcionario puede intervenir como coautor o como partícipe, pero al margen de su condición de funcionario. Así ocurre en las subastas públicas de bienes de particulares ejecutadas para satisfacer el interés de un acreedor. En estos casos, sólo se cometería el delito de alteración de precios en subastas públicas como delito patrimonial contra los acreedores¹⁹, y no un delito contra un interés de la Administración.

En todos estos casos, la corrupción privada puede aparecer como una conducta colateral o como la materialización de una de las acciones típicas de los fraudes previstos en los arts. 262 o 438 del Código penal: como dádiva o promesa, como concertación o como abandono fraudulento de un con-

¹⁹ GÓMEZ INIESTA, Diego, "De la alteración de precios en concursos y subastas públicas", en *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 588.

curso del delito de alteración de precios, o como concertación o uso de cualquier otro artificio en el delito de fraude y exacciones ilegales. En todos ellos, se deberá aplicar un concurso de delitos debido a que no existe coincidencia de bienes jurídicos protegidos entre la corrupción privada y las demás infracciones penales analizadas. Ninguna de ellas protege la competencia leal entre sus objetos interés, por lo que, salvo que se considere que en la corrupción privada se protege un interés patrimonial que coincide con el del acreedor en las subastas o con el interés patrimonial de la Administración, lo que no sería el caso, la solución correcta sería la aplicación del concurso de delitos, en este caso, un concurso medial en el que la corrupción privada sería uno de los medios para cometer la alteración de precios o el delito de fraude y exacciones ilegales.

Por último, siguiendo el esquema de supuestos ya expuesto, los casos de corrupción directa de los funcionarios para alterar la normal tramitación de los concursos públicos, cuando previamente se ha producido un caso de corrupción privada promovida por el servidor público para alterar la libre competencia, generará igualmente la misma responsabilidad penal en concurso de delitos entre la corrupción privada y los delitos contra la Administración que sean aplicables a todos los sujetos, siendo los sujetos no funcionarios responsables de los delitos de cohecho o fraude y exacciones ilegales en sus modalidades de comisión por parte de particulares.

b) Supuestos de corrupción privada relacionados con la actividad del sector público instrumental

La actividad económica dirigida y gestionada a través de entidades de naturaleza mercantil, pero que pertenecen al sector público por su constitución, participación o gestión de intereses públicos, representa un problema potencialmente distinto al de los casos hasta ahora analizados, porque en estos supuestos las cuestiones a resolver dependen de la posibilidad de que los actos de corrupción privada se produzcan de forma directa en el seno de estas entidades del sector público instrumental, o que sean estas entidades las que

actúen como agentes corruptores sobre entidades privadas mercantiles con las que se relacionan, normalmente, a través del ordenamiento jurídico mercantil.

Con carácter general, la calificación de las conductas de corrupción en estas entidades hará que deban ser consideradas como infracciones constitutivas de delitos contra la Administración pública –si se considera a los sujetos activos como funcionarios en el ejercicio de funciones públicas–, o como delitos de corrupción privada en los negocios –si no es posible atribuirles la condición funcionarial o la actividad no se refiere a intereses públicos de carácter económico–²⁰.

En todo caso, y de forma aclaratoria, resulta imprescindible partir del contenido del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 2017, relativo a la determinación de los casos en los que los caudales de una sociedad mixta, participada por la Administración, se deben considerar públicos o privados. Acuerdo adoptado para establecer los criterios que determinan aquellos supuestos en los que corresponde la aplicación del delito de malversación de caudales públicos o el delito común de apropiación indebida.

El acuerdo fija como criterio general que los delitos contra el caudal de las empresas públicas o mixtas son delitos contra la Administración cuando el capital de la sociedad pertenece en su integridad a entes de naturaleza pública, o cuando la participación pública en sociedades mixtas es mayoritaria. Basta, por lo tanto, la comprobación de esa clase de participación para convertir el delito en una infracción penal contra la Administración (caso Plaza S.A., España –STS, de 13 de julio de 2017–).

Sin embargo, el Tribunal Supremo no limita esta interpretación a la cuestión de la participación en el capital de la sociedad, sino que introduce criterios adicionales que podrían llevar a la misma conclusión, a saber: que el objeto de la sociedad participada sea la *prestación, directa o indirecta, de servicios públicos o participen del sector público*; que la sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de

²⁰ Sobre la cuestión de la atribución de dicha naturaleza en función de uno criterio u otro, véase GILI PASCUAL, Antoni, *El delito de corrupción...*, cit., pp. 167-168.

control, inspección, intervención o fiscalización del Estado o de otras Administraciones públicas; y que la sociedad participada haya percibido subvenciones públicas en cuantía relevante, cualquiera que fuera la Administración que las haya concedido, para desarrollar su objeto social y actividad.

Esta fijación de criterios, ya materializada en la sentencia del referenciado caso Plaza S.A., es necesario aclarar que se realiza para resolver los supuestos de posible aplicación de la apropiación indebida o de la malversación de caudales públicos, lo que no implica una extensión automática a todos los demás delitos comunes y especiales en los que exista una coincidencia total o parcial de la acción típica (por la existencia de un sujeto o un interés de la Administración).

En el caso que nos ocupa, la aplicación de los tipos de la corrupción privada o de alguna forma de corrupción pública—cohecho, tráfico de influencias, negociaciones prohibidas a los funcionarios o fraude y exacciones ilegales—, en base a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo, el primer hándicap a valorar es la lejanía de los bienes jurídicos en juego: la competencia leal en la corrupción en los negocios y el correcto funcionamiento de la Administración Pública (con los matices de formulación de cada posible infracción), en los supuestos de corrupción pública.

Entre la malversación y la apropiación indebida el problema es de incompatibilidad, ya que la presencia de uno excluye al otro a través de la existencia de un concurso de leyes, pues la acción típica es idéntica y la propiedad de la Administración y la de los particulares sólo se diferencia por la naturaleza del titular del bien, no por el objeto de interés, por relevante que sea la propiedad pública para alcanzar los objetivos de interés público que justifican su existencia. En cambio, en los casos de corrupción en las empresas de participación pública o que ejercen funciones públicas derivadas a entes privados en su gestión, la protección de la competencia leal o del correcto funcionamiento de la Administración va a depender, entre otros factores, de cómo se produzca la acción corrupta y el interés que se manifieste en un primer plano.

Sin hacer mención en este momento a los requisitos que darían lugar a la imputación de delitos contra la Administración pública a los sujetos que toman decisiones en el sector

público instrumental, hay una primera disparidad importante que proviene del hecho de que muchas de las entidades de ese sector están constituidas como sociedades mercantiles y funcionan como miembros de los mercados sectoriales en los que participan, por lo cual las acciones de los sujetos que las integran son equivalentes, desde un punto de vista material, y en muchas ocasiones legal, a las de los sujetos privados que actúan en los mismos mercados.

Dicho en términos de tipicidad, utilizando un ejemplo inicial, si un directivo de una empresa pública –al que se pueda considerar funcionario– recibe una dádiva para realizar un acto propio de su cargo, cometerá un delito de cohecho del art. 419 del Código penal. Sin embargo, si ese directivo ofrece un beneficio o ventaja no justificado a un proveedor para que favorezca a la empresa pública en la contratación de servicios, no existe ningún tipo penal entre los delitos de funcionarios que recoja semejante forma de corrupción desde la Administración hacia afuera.

A estos sujetos con consideración de funcionarios que actúan desde empresas mercantiles de titularidad o participación pública, sólo se les podría aplicar un delito de corrupción privada en los negocios del apartado segundo del art. 286 bis del Código penal. Solución que es coherente con la finalidad del precepto, que no es otra que proteger la competencia leal, ya que el interés público en ese comportamiento no resulta afectado, sino que, al contrario, resulta beneficiado por la corrupción del sujeto privado. En realidad, aunque el sujeto activo pueda ser considerado como funcionario a efectos penales, y la entidad esté participada por la Administración, no se puede olvidar que se trata de acciones que se desarrollan en el estricto ámbito de los negocios privados por sujetos mercantiles, por lo que su punibilidad será sólo la que esté prevista para resolver conflictos relevantes de carácter privado.

Aun así, cabe la duda de si podría cometerse un delito de malversación de caudales públicos si el beneficio o ventaja dada al directivo de la empresa proveedora procede de la propia empresa de capital público y si, en su caso, la ocultación contable de dicho beneficio o ventaja pudiera suponer la comisión de un delito de falsedad contable del art. 433 bis.1 del Código penal.

Para admitir la existencia de malversación, antes es preciso saber si el castigo de la corrupción privada en los negocios parte del hecho de que el beneficio o ventaja que obtiene el sujeto corrompido –cuando se corresponde con la entrega de bienes patrimoniales– procede de la entidad corruptora, y, por lo tanto, integra elementos económicos de la misma, fuese cual fuese su procedencia material o jurídica. Es decir, hay que establecer si, por ejemplo, la existencia de lo que se denomina “fondo de reptiles” (caso ERE, España) para pagar sobornos, con dinero opaco, modifica la calificación de la corrupción privada si el beneficio que se ofrece al corrompido proviene directamente de los activos declarados de la entidad corruptora.

A los efectos de la existencia del delito de corrupción privada en los negocios, el origen del beneficio es indiferente, pero si el directivo lo utiliza mediante un acto de apropiación indebida, entonces la existencia de ambos delitos es posible. La gran diferencia entre la acción corruptora realizada desde una empresa privada y desde una empresa del sector público es que la entidad privada puede usar fondos propios para corromper –cometiendo sólo el delito de corrupción privada–, mientras que la empresa del sector público tiene responsabilidades de gestión sobre los bienes públicos para un uso debido y reglamentado de los mismos, no pudiendo generar sólo responsabilidades en materia de corrupción privada por la naturaleza y función de los fondos utilizados. De este modo, el uso de elementos patrimoniales de una empresa del sector público instrumental para corromper en los negocios supondría siempre un acto de malversación, a menos que se interprete que sólo cuando se produce un perjuicio económico al titular del bien se comete el delito²¹, o cuando exista una equivalencia con el delito de administración desleal²².

²¹ Al respecto de los supuestos de gestión irregular de fondos públicos para fines igualmente públicos que no podrían incluirse en el delito de malversación, véase, SANZ MULAS, Nieves, “Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-05, 2017, pp. 29 y ss.

²² MIR PUIG, Carlos, “La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVIII, 2015, pp. 185 y ss.

Este debate sobre la existencia de la malversación solamente en los supuestos de daño patrimonial a la Administración, mediante apropiación indebida o mediante administración desleal, choca en la corrupción privada en los negocios con la exigencia típica de la contraprestación que favorezca al corruptor, de modo que, si la sociedad mercantil del sector público o participada obtiene un beneficio superior al soborno, como consecuencia de la conducta corrupta, el uso de ese fondo de sobornos o de activos legales no podría constituir un delito de malversación. A menos que la contraprestación se declare ilegal y nula por los tribunales y sólo quede el daño a la entidad pública, subsistiendo, sí, en este caso, el delito de malversación.

Por último, las prácticas de corrupción en los negocios, cuando una de las partes implicadas es una entidad del sector público instrumental, podrán constituir un delito de corrupción entre particulares o un delito contra la Administración en forma de cohecho, dependiendo de la posición que se adopte sobre aspectos formales relevantes relacionados con las personas físicas intervinientes, y con aspectos materiales, de mayor importancia aún, relativos a la naturaleza jurídico-económica esencialmente pública o privada del tipo de injusto en su conjunto.

En cuanto a los aspectos formales, señala Gómez Rivero que la jurisprudencia española reciente sobre la materia marca una línea poco formalista para asignar la condición de funcionario a las personas que se integran en estas estructuras societarias, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2015, sobre el caso Rilco, que afirma que “nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad temporal, resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento”²³.

²³ GÓMEZ RIVERO, “El castigo penal...”, cit., p. 12.

A partir de estos fallos, se evidencia que el criterio determinante para el establecimiento de responsabilidades penales por delitos comunes o por delitos contra la Administración Pública se centra en los aspectos materiales relacionados con el bien jurídico protegido en relación con la conducta típica de cada infracción. Lo cual lleva a la conclusión de que el criterio discernidor entre cohecho público y cohecho privado, cuando las conductas se desarrollan en el sector público instrumental, es la afectación preferente de un interés relacionado con la competencia en el mercado, o la afectación principal de un interés público²⁴.

Si se parte del hecho cierto según el cual el directivo, administrador, empleado o colaborador –funcionarios a efectos penales según el Tribunal Supremo– de una empresa mercantil o de una sociedad, ambas del sector público instrumental, no pueden cometer un delito de cohecho cuando corrompen a sujetos de sociedades privadas, porque sólo la competencia en el mercado resulta afectada –hecha de nuevo la salvedad de la posible comisión de una malversación de caudales públicos–, y del hecho según el cual si esa misma conducta la realiza con sujetos de otra sociedad pública o de participación mayoritaria pública, sí pueden cometer cohecho, pero sólo como particulares, según lo previsto en el art. 424 del Código penal, los aspectos formales e institucionales se colocarían como fundamento esencial del tipo de injusto de las corrupciones pública o privada, dejando en un segundo término el significado de la conducta para los intereses objeto de protección que aparecen en escena.

Para invertir esa posición de relevancia y situar el tipo de injusto en el primer plano de la diferenciación entre corrupción privada y cohecho es necesario acudir al origen de la regulación penal de la corrupción entre particulares y en las transacciones económicas internacionales, en particular al Convenio de la OCDE sobre la corrupción en las transacciones económicas internacionales de 1997, que establece “que no

²⁴ Conclusión a la que, parcialmente, parece llegar también GILI PASQUAL, *El delito de corrupción...*, cit., p. 171.

deben considerarse empresas públicas aquellas que actúan sobre una base comercial, sustancialmente equivalente a la de una empresa privada, sin ningún tipo de privilegio”²⁵.

Esta consideración general para diferenciar tipos de sociedades, que a su vez determinaría la responsabilidad de los sujetos como agentes públicos o privados, contiene una declaración sustancial que busca diferenciar la corrupción pública de la privada a partir de la relevancia mercantil o de servicio público que se atribuye a unas u otras sociedades. Pero dar por sentado que todas las actividades económicas de una sociedad participada o pública que intervenga en la actividad económica tienen un inequívoco sentido de interés público resulta excesivo, ya que numerosas actuaciones económicas corrientes de funcionamiento de las sociedades –aprovisionamiento, publicidad, prestación de servicios técnicos, logística, etc.–, *per se*, no tienen por qué ser determinantes para la mejor o peor prestación de la función pública propia o delegada, por lo que no debería resolverse el dilema de la aplicación de la corrupción privada o del cohecho con el automatismo propio de la calificación de la sociedad o del sujeto como funcionario, sino a partir de la significación que la conducta corrupta suponga para el desempeño de las funciones sociales y colectivas asumidas por la sociedad pública o delegada. Si la afectación no es sustancial o sólo es relevante de forma indirecta para el interés público, y, además, representa un potencial daño primario a la competencia leal en el mercado, todas las formas de corrupción deberían mantenerse en el ámbito del art. 286 bis y ser sancionadas como corrupción privada en los negocios. De ese modo, sólo cuando estén presentes los requisitos formales relativos a la naturaleza y funciones de la sociedad, y se pueda afirmar la condición de funcionarios de los sujetos corrompidos, se podrán aplicar los tipos de cohecho cuando el interés público sea directa y suficientemente afectado por los comportamientos corruptos.

²⁵ Al respecto, NIETO MARTÍN, Adán, “Delitos de corrupción en los negocios”, en *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 426.

Serán, por lo tanto, los tribunales de justicia los que deban fijar los criterios concretos de relevancia para cada interés en conflicto que permitan, mediante su ponderación, una correcta calificación de las conductas de acuerdo con los fines propios de cada uno de los tipos penales. Ello no implica una solución basada en un concurso o conflicto de leyes, porque se podrán establecer concursos de delitos cuando ambos intereses en conflicto, en el caso concreto, hayan sido objeto de relevante afectación, de acuerdo con la limitación de la mínima intervención.

BIBLIOGRAFÍA

- BOLEA BARDÓN, Carolina, "El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*", en *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, coord. Graffe González, Dykinson, Madrid, 2016.
- FABIÁN CAPARROS, Eduardo, "Delitos contra la Administración pública", en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, coord. Terradillos Basoco, Editorial Jurídica Continental, San José, 2017.
- FARALDO CABANA, Patricia, "Hacia un delito de corrupción en el sector privado", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIII, n° 135, 2002.
- FOFFANI, Luigi, "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del Derecho comparado", en *Revista Penal*, n° 12, 2003.
- GIL NOBAJAS, María Soledad, "El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo de puro de competencia", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015.
- GILI PASCUAL, Antoni, *El delito de corrupción en el sector privado*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- GIMENO FELIU, José María, "La corrupción en la contratación pública", en *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, coord. Graffe González, Dykinson, Madrid, 2016.

- GÓMEZ INIESTA, Diego, "De la alteración de precios en concursos y subastas públicas", en *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007.
- GÓMEZ RIVERO, Carmen, "El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental", en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 18-06, 2016.
- MIR PUIG, Carlos, "La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVIII, 2015.
- NAVARRO FRÍAS, Irene y MELERO BOSCH, Lourdes Verónica, "Corrupción entre particulares y tutela del mercado", en *Indret*, nº 4, 2011.
- NIETO MARTÍN, Adán, "Delitos de corrupción en los negocios", en *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018.
- SANZ MULAS, Nieves, "Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-05, 2017.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, "Corrupción, Globalización y Derecho penal económico", en *Revista de la Facultad de Derecho*, PUCP, nº 74, 2015.

AUTORÍA MEDIATA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

ERICK GUIMARAY

1. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto del Código Penal¹ de la Nación Argentina, en su prólogo, menciona que la corrupción pública es expresión del crimen organizado². Y el acierto criminológico es tal que permite resaltar la relación simbiótica entre ambas formas de criminalidad: por un lado, el fenómeno jurídico-social de la corrupción estabiliza el crimen organizado, le hace rentable y sostenible; y del otro, las formas más sofisticadas de comisión de delitos de corrupción se identifican por el uso de estructuradas organizadas, milimétricamente sincronizadas en la ejecución del plan criminal.

Una de aquellas estructuras organizadas suele ser, en supuestos de hecho de gran o alta corrupción, la propia distribución burocrática de la Administración pública, elevando considerablemente la idoneidad lesiva de la comisión delictiva, pues se perpetra desde las instancias públicas que, constitucionalmente, deberían estar al servicio de la ciudadanía. Además, el armazón administrativo del Estado, que aísla o clasifica competencias y responsables, puede convertirse en un escudo impenetrable de impunidad a favor del superior jerárquico que

¹ En adelante CP.

² Anteproyecto. Código Penal de la Nación Argentina, 2018. Anteproyecto elaborado por la Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación, creada por decreto 103/2017, Eudeba (versión electrónica), Buenos Aires, p. 7. En <http://www.pensamientopenal.com.ar>.

dirigió y avaló el plan criminal; circunstancia que hace aún más atractivo, como horma delictiva, a la estructura administrativa de la Administración pública.

La complejidad de una actividad criminal, como la que se corresponde con la sinergia que logra la corrupción y la criminalidad organizada, no se representa solamente en la imbricación de sus intereses, sino –y como consecuencia natural– en el nivel de dificultad para imputar responsabilidad penal contra los principales protagonistas del hecho delictivo, que ciertamente son quienes tienen más poder de influencia en los órganos de investigación y juzgamiento.

En este trabajo se asume el concepto político-criminal de gran o alta corrupción pública, descripción criminológica que sirve para escindir una concreta tipología de corrupción y que, por su naturaleza, no suele estar tipificada con ese *nomen iuris* en la ley penal. Así mismo, la clasificación de corrupción sugerida obliga a orientar los argumentos hacia las características principales del crimen organizado, no respecto de sus formas de tipicidad más conocidas, asociación ilícita para delinquir y organización criminal (bien jurídico protegido, técnica de tipificación, consecuencias concursales, etc.), sino de las condiciones que sustentan el adjetivo (organizado).

De esta manera, a continuación, se intentará constatar la siguiente hipótesis: la tesis de la autoría mediata por dominio de organización o aparato de poder es una forma válida de imputación de responsabilidad penal contra los superiores jerárquicos que utilizan el aparato burocrático estatal para cometer delitos de corrupción pública (alta o gran corrupción).

2. SOBRE LA RELACIÓN CRIMINOLÓGICA ENTRE LA GRAN O ALTA CORRUPCIÓN Y LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

La cotidianidad de la corrupción ha pasado de ser simples conductas de personas aprovechadas, a contar con un marco sistemático y organizativo³, que se denomina gran o alta

³ CIGÜELA SOLA, Javier, “El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción de la persona jurídica”,

corrupción. El cauce de esta evolución criminal, cuyo fulcro es el poder político y económico, tiene sus contornos en la impunidad y en la gran rentabilidad económica de sus acciones. Señaladamente, la configuración de un marco legal *ad hoc* de actuación, en cuya virtud se asegure un difícil escollo para la investigación penal. Y, por otro lado, la permanencia en la más idónea situación para delinquir: el acceso continuado a grandes operaciones económicas, que permitan lograr los mejores acuerdos ilegales⁴ y la maximización de sus beneficios económicos. Otras características de esta categoría criminológica las podemos encontrar en la pluralidad de sus intervinientes (detentores del poder político o económico) y en el ingente daño económico causado. El vórtice de estas cualidades se compone del sistema democrático y los fines prestacionales del Estado de Derecho, que soportan en última instancia sus graves consecuencias (a costa de su población más vulnerable).

El andamiaje de la gran corrupción no podría edificarse sin la participación del poder político, que descansa en manos de quien se ubica en el ápice de la Administración⁵. Por ejemplo, si se trata de malversaciones, extracciones o desviaciones de los recursos públicos (arts. 261 CP argentino; 432 CP español o 387 CP peruano), quien tenga el máximo poder de disposición de los caudales o efectos administrados será quien esté situado en el más alto puesto del organigrama de la entidad pública responsable. En lo que interesa para un cohecho (arts. 256 CP argentino; 419 CP español, o 393 CP peruano), lo más eficiente será sobornar a quien, en última

InDret, 2016 (1/2016), p. 4. En: <http://www.indret.com>. HAVA GARCÍA, Ester, "Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional", *Revista Nuevo Foro Penal*, 2016 (87), p. 67.

⁴ MARINE, Frank, "The effects of organized crime on legitimate businesses", *Journal of Financial Crime*, 2006 (13), p. 215.

⁵ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura, "Culpables, Millonarios e Impunes: el difícil tratamiento del Derecho penal del delito de cuello blanco", en Zúñiga, Laura, Gorjón, Concepción, Fernández, Julio y Díaz, Lina (coord.), *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, Ratio, Salamanca, 2012, p. 32.

instancia, pueda resolver a favor del interés de quien paga. Lo mismo ocurre respecto de la corrupción presente en los contratos públicos o cualquier operación económica a cargo del Estado (arts. 265 CP argentino, 436 CP español o 384 CP peruano), pues será el más alto funcionario o funcionaria pública quien tenga el monopolio de decisión política, y en esa condición, el poder para asegurar los intereses ilegítimos de una concertación corrupta.

Como consecuencia lógica de su mayor poder, los altos mandos del aparato público suelen participar en el hecho delictivo con decisiones políticas más que ejecutivas, entonces, a medida que se descienda en el organigrama de la Administración, las infracciones de deberes o competencias de funcionarios y funcionarias desvelarán, cada vez con mayor grado de exactitud, el plan criminal. Y con la misma idea, el ápice del organigrama estará más alejado fácticamente.

El poder político tiene un símil económico en la criminalidad de alta o gran corrupción. Solamente los mejor posicionados en el mercado económico están en condiciones de participar como aptos socios estratégicos. Y lo harán, fundamentalmente, a través de la actividad empresarial, no sólo porque ella asegura la disposición de los recursos suficientes (técnicos y patrimoniales), sino porque, en muchas ocasiones, la estructura organizada de una empresa puede servir como coraza de impunidad a favor de sus altos dirigentes (deslocalización, por ejemplo)⁶.

La sinergia de ambos poderes (el político y el económico) da cuenta, también, del nivel de organización requerido. La

⁶ No obstante, cuando la empresa opera íntegramente en la localidad del evento criminal y contando con una dosis importante de voluntad política más una asidua cobertura mediática, en pocas ocasiones son los mandos medios o bajos de la estructura empresarial los que afrontan, en primera fila, el proceso penal. La experiencia peruana, por ejemplo, muestra cómo los altos dirigentes de las más grandes empresas de construcción están siendo juzgados por delitos de cohecho o colusión, por sus presuntos vínculos comerciales y delictivos con Odebrecht.

distribución coordinada de tareas, de un lado, reduce el grado de dificultad de la comisión⁷ y, del otro, incrementa los costos de captura o investigación (impunidad)⁸; cuando una sola persona monopoliza todas las acciones criminales, su captura supone, en paralelo, el fin de todas ellas. Por lo demás, la criminalidad organizada no representa únicamente mayor idoneidad lesiva contra bienes jurídicos⁹, sino que produce mayores réditos económicos, elemento centripeto de esta modalidad delictiva¹⁰.

El crimen organizado como herramienta de ejecución de la gran o alta corrupción también se explica desde cualidades de operatividad. La distribución de competencias normativas, que es transversal en el sistema burocrático de la Administración, impide que una sola persona esté en capacidad de ejecutar el delito; empero, dicha limitación es usada como plataforma de coordinación. Por ejemplo, para el caso de gran corrupción en contratos públicos de infraestructura (supuesto altamente sensible a la corrupción¹¹), el o la Presidenta no

⁷ MCINTOSH, Mary, *La organización del crimen*, Nicolás Grab (trad.), Siglo XXI, México DF, 1977, p. 15.

⁸ En términos generales, las características que dan forma a la organización criminal tienden a asegurar impunidad de sus actividades y de sus miembros. Véase MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, "Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a un organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial", *Estudios Penales y Criminológicos*, 2014, vol. XXXIV, p. 520.

⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, "Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI", *Revista Nuevo Foro Penal*, 2016 (87), p. 39.

¹⁰ DI GENNARO, Giuseppe, "La Criminalità Organizzata Nell'Esperienza Internazionale", en De Cataldo, L. y Tinebra, G. (ed.), *La Criminalità Organizzata Negli Anni '90 Strumenti di Lotta E Nuove Strategie*, CEDAM, Padova, 1993, pp. 7, 12.

¹¹ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, "El fenómeno de la corrupción en España: respuesta penal y propuesta de reforma", en Puente Alva, Luz María (ed.), *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*, Universidade da Coruña, A Coruña, 2015, p. 55.

podría cumplir el “compromiso” adquirido con un empresario (sin hacer flagrante la ilicitud de su conducta), si no cuenta con la sociedad del ministro del sector y del responsable de la oficina que licitará la obra pública. Es decir, el entramado de competencias al interior de la Administración es el espacio óptimo para crear un sistema coordinado de comisión de delitos (de corrupción).

Por lo demás, la criminalidad organizada tiene un efecto corruptor¹² o busca espacios corruptos¹³, y esto es así porque, fundamentalmente, la corrupción en la Administración rentabiliza y estabiliza el crimen organizado. Para funcionar al margen de la ley y contar con la connivencia de las autoridades, los personajes a sobornar están plenamente identificados (por su ubicación en el organigrama administrativo) y en condiciones de asegurar que los demás no entorpecerán las actividades delictivas (por el poder administrativo que poseen sobre sus subordinados). Condiciones estas que abaratan los costos de funcionamiento del crimen organizado¹⁴ (trata de

¹² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Redes Internacionales y Criminalidad: A Propósito del Modelo de ‘Participación en Organización Criminal’”, en Zúñiga, Laura, Méndez, Cristina, y Díaz, Diego (coord.), *El derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002, p. 53.

¹³ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, “Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global”, en Quintero, Gonzalo (coord.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, t. II, Aranzadi, Madrid, 2001, p. 1447. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales”, en Cancio Meliá, Manuel y Pozuelo Pérez, Laura (coord.), *Política Criminal en Vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Civitas Thomson, Navarra, 2008, p. 456.

¹⁴ Por ejemplo, una red de trata de personas incurriría en altos costos para trasladar a las víctimas del delito de una zona rural a una urbana si tuviera que montar una fachada que despiste a los agentes de policía que custodian las carreteras. Sin embargo, contando con el sistema corrupto, bastará con sobornar al jefe de la sección territorial para que los retenes policiales del camino no exijan la documentación de los menores de edad o la acreditación de los fines del “viaje”.

personas, tráfico ilícito de drogas, blanqueo de capitales o lavado de activos, etc.).

3. CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y APARATO ORGANIZADO DE PODER

La criminalidad organizada es hoy en día una de las preocupaciones más importantes de la comunidad jurídica internacional, precisamente por las características que su actividad deja ver en cada uno de los espacios delictivos donde actúa¹⁵: tráfico de armas, trata de personas, tráfico de migrantes, etc. Niveles de extensión¹⁶, infiltración en sistemas legales y políticos del Gobierno, contacto con distintos instrumentos de actuación como negocios o estructuras comerciales¹⁷, etc., son elementos que explican su finalidad lucrativa¹⁸, y su idoneidad lesiva contra bienes jurídicos; *modus operandi* que les ha valido la tipificación penal, con ciertos matices¹⁹.

¹⁵ Sobre las características de la delincuencia organizada y sus formas de actuación, véase PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004, pp. 13-16.

¹⁶ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, "Redes Internacionales y Criminalidad...", cit., pp. 54, 56.

¹⁷ GONZÁLEZ MÁS, José Luis, "Instrumentos Jurídicos contra el Crimen Organizado", en Magaz Álvarez, Ricardo (coord.), *Criminalidad y Globalización. Análisis y estrategias ente grupos y organizaciones al margen de la Ley*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2012, p. 147.

¹⁸ La complejidad de una organización criminal va en aumento, hasta adquirir un carácter transnacional, véase ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura, "El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas", *Revista Nuevo Foro Penal*, 2016 (86), p. 81.

¹⁹ El CP argentino, en el Título VIII -Delitos contra el orden público-, regula en su art. 210 el delito de asociación ilícita, y agrava la pena en el precepto siguiente (art. 210 bis) cuando el grupo conformado por 3 o más personas tenga por finalidad poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que se constate elementos objetivos de especial idoneidad lesiva tales como: más de 10 integrantes, poseer una organización militar, disponer de armamento de guerra, entre otros. El CP español, dentro del Título XXI denominado "Delitos contra la

Los requisitos del crimen organizado pueden exigir estructuras piramidales, posiciones jerarquizadas y división de tareas²⁰, pero no se trata de requisitos excluyentes. Así da cuenta el art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que a la letra dice:

- a) "Por 'grupo delictivo organizado' se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material...

Constitución", Capítulo IV, llamado "De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas", sanciona a las asociaciones ilícitas en el art. 515. Luego, en el Título XXII "Delitos contra el orden público", Capítulo VI denominado "De las organizaciones y grupos criminales", el mismo cuerpo normativo sanciona a la organización criminal en su art. 570 bis. Y en ambos casos se hace referencia a un nivel de organización importante con efectos de cometer delitos. Sin embargo, el art. 570 bis prevé específicamente el nivel de coordinación y el reparto de tareas. Y en este sentido se puede afirmar que existe una gradación de complejidad en la organización, a nivel de tipicidad, entre una asociación ilícita para delinquir y una organización criminal. El CP peruano, por su parte, derogó la llamada asociación ilícita y prevé el delito denominado "organización criminal" (art. 317), con la misma referencia específica de reparto de tarea y coordinación al que hace referencia el art. 570 bis español. Sin embargo, el legislador peruano entiende que la calificación típica de organización criminal tiene consecuencias procesales importantes, que inciden en los plazos y técnicas de investigación especialmente citadas, puestas a disposición del Ministerio Público. Tal y como lo demuestra la ley 30.077, publicada el 26 de julio de 2013. Por lo demás, el CP peruano prevé, además, una modalidad menos compleja que la organización criminal a la que denomina "banda criminal" y regula en el art. 317 B. En algunas ocasiones (asociaciones u organizaciones), además, las respuestas político criminales tienden a ser desproporcionales, simbólicas y erráticas, véase TERRADILLOS BASOCO, "Terrorismo yihadista...", cit., pp. 20-21.

²⁰ GONZÁLEZ MÁS, "Instrumentos Jurídicos...", cit., p. 149.

b) "...Por 'grupo estructurado' se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada..."

La amplitud del concepto podría ser la razón por la cual algunas codificaciones penales legislan en clave de gradualidad el nivel de organización para cometer delitos (organizaciones criminales o asociaciones ilícitas para delinquir), pero a pesar de sus distintos reproches la actuación criminal en conjunto siempre se sanciona desde la base de un grupo de personas que tienen una finalidad común²¹, es decir, una pluralidad de sujetos "...sin ninguna cohesión que vaya más allá de que 'todos desean lo mismo'"²².

La tesis de la autoría mediata por dominio de aparato de poder es un criterio de imputación²³ que puede enlazar el injusto de organización (sea que se trate de una asociación ilícita o de una organización criminal) con el delito concreto llevado a cabo mediante su funcionamiento. En otras palabras, serviría para responsabilizar, principalmente, a los altos mandos de la organización. Y aunque esta premisa es de aplicación sistemática, es preciso señalar que la criminalidad organizada no supone, necesariamente, la existencia de un aparato organizado de poder, aunque él sea, siempre y en todos los casos, una especie del género organización.

En consecuencia, *a priori*, los conceptos de organización criminal o asociación ilícita no son sinónimos de un aparato organizado de poder. La incorrección de la asimilación

²¹ Característica que está recogida expresamente en el art. 25.3.d), del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²² Kiss, Alejandro, "La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional", *Indret*, 2013 (2/2013), p. 11. En: <http://www.indret.com>.

²³ AMBOS, Kai, "El Caso Eichmann", Díaz, Leandro (trad.), *ADCPC*, 2015, vol. LXVIII, p. 95. CERVINI, Raúl y ADRIASOLA, Gabriel, *El Derecho Penal de la Empresa desde una visión garantista*, BdF, Buenos Aires – Montevideo, 2005, p. 141.

responde, principalmente, a las razones que se detallan a continuación.

La teoría de la autoría mediata por dominio de organización tiene su principal antecedente histórico en casos de criminalidad estatal²⁴, mientras que la criminalidad organizada es un concepto que identifica a toda organización no estatal²⁵. Una organización criminal se crea expresamente para delinquir, un aparato de poder es una estructura previa que el hombre de atrás encuentra y utiliza²⁶ (cuanto menos, tomando en consideración los hechos típicos en los que la tesis fue y es aplicada). El aparato de poder es un sistema de justicia formalmente constituido, cuya cúspide hace uso del mismo para generar una injusticia del sistema²⁷.

La coautoría es el título de intervención por excelencia en los hechos perpetrados con base en una organización criminal o asociación ilícita para delinquir²⁸, mientras que en un aparato de poder dicho título de intervención solamente es admisible entre quienes ostentan un mismo grado de poder y mando²⁹, pero el título de intervención central de la tesis es precisamente la autoría mediata.

²⁴ La tesis de Roxin tomó como ejemplo el caso juzgado, en primera instancia, por la Corte Distrital de Jerusalén, contra el ex SS (*Schutzstaffel*) Otto Adolf Eichmann. De hecho, Kai Ambos habla de "Burocracia Nazi de destrucción", véase AMBOS, "El Caso Eichmann...", cit., p. 79. Y dicha teoría hace referencia a supuestos más complejos que el descontrol de las conductas de los subordinados al que, aparentemente, haría referencia el art. 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²⁵ BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría Mediata en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 338.

²⁶ ABOSO, Gustavo Eduardo, *Los límites de la autoría mediata. Criterios para la justificación del sujeto instrumento por parte del autor mediato*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012, p. 302.

²⁷ AMBOS, "El Caso Eichmann...", cit., pp. 79-98, 94.

²⁸ FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 304.

²⁹ AMBOS, Kai, "El Caso Eichmann...", cit., p.94.

Otro matiz importante se encuentra en la tipificación concreta³⁰ (sea como asociación ilícita u organización criminal); no existe, por lo menos en Argentina, España o Perú, el delito que tipifica la existencia de un “aparato organizado de poder” (en clave de la tesis doctrinal que aquí se comentará).

Con todo, la tesis de la autoría mediata por dominio de organización es un criterio de imputación de responsabilidad penal que puede aplicarse a la comisión de delitos de corrupción en el marco de un aparato organizado de poder, que a efectos de este trabajo no es otro que la propia Administración pública³¹. De esta manera, se puede responsabilizar a quien no ejecute directamente el delito, pero no lo haga porque esa no es su función al interior del aparato, que por lo demás domina, y en cuya virtud su aporte es el más relevante.

4. SOBRE LOS FUNDAMENTOS Y LEGITIMIDAD DE LA TESIS DEL AUTOR MEDIATO POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN O APARATO DE PODER

Se trata de “...otra manifestación del dominio del hecho que hasta ahora no ha sido mencionada ni siquiera por la doctrina ni por la jurisprudencia...”³², decía Roxin para refe-

³⁰ “...la asociación, como entidad criminosa, termina por separarse netamente de los singulares delitos que constituyen su propósito...”. Véase GRISOLÍA G., Francisco, “El delito de asociación ilícita”, *Revista Chilena de Derecho*, 2004 (1), p. 76. De hecho, el pertenecer a una asociación es un injusto de mera actividad (p. 84).

³¹ Y esta alternativa bien pudo ser usada en la sentencia del Tribunal de Jerusalén del 11 de diciembre de 1961, donde dicho Tribunal no sentenció a muerte al ex mando militar alemán Otto Adolf Eichmann por ser quien dominó un aparato de poder, sino que simplemente utilizó su aporte (bajo un concepto unitario de autor) desde el aparato nazi para considerarlo autor de las vulneraciones de derechos que ocurrieron en la aplicación de la denominada “Solución Judía”. véase AMBOS, “El Caso Eichmann...”, cit., pp. 86-89.

³² ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 7ª ed. alemana, Cuello Contreras, Joaquín y José Luis Serrano González de Murillo (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 270. Con un ligero resumen de los principales fundamentos de la teoría, véase RUSCONI, Maximiliano, LÓPEZ, Hernán y KIERSZENBAUM, Mariano, *Autoría, infrac-*

rirse a lo que él denominó “dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas”; aunque de novedosa, por lo extenso de los estudios y aplicaciones jurisprudenciales, poco le queda a esta tesis³³.

La teoría mencionada tiene la siguiente hipótesis: “...el sujeto de atrás tiene a su disposición una ‘maquinaria’ personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor”³⁴. Por ende, el hombre de atrás puede ser autor mediato, aun cuando los ejecutores inmediatos sean autores directos³⁵. Desde su primigenio planteamiento, la organización tiene vida propia, funciona automáticamente; el sujeto de atrás confía en la ejecución de su orden, porque el ejecutor es cambiabile a voluntad, es anónimo y sustituible³⁶.

Se trata de un modelo de imputación donde el actuar último no tiene el único interés del Derecho penal, y tampoco es el más relevante³⁷. Con este planteamiento se rompe la regla según la cual “...la autoría mediata no es, pues, posible en la

ción de deber y delitos de lesa humanidad, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011, pp. 25-28.

³³ ABOSO, Gustavo *Los Límites...*, cit., p. 280. ROXIN, Claus, “Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, Gómez, Justa (trad.), *Revista Penal*, 2006 (18), p. 242. En: <https://dialnet.unirioja.es>.

³⁴ ROXIN, *Autoría y Dominio...*, cit., p. 270.

³⁵ ROXIN, “Dominio de organización...” cit., p. 242. ROXIN, Claus, “Formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión”, en Jesús-María Silva Sánchez, María Teresa Castiñeira Palou, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, David Felip I Saborit, Ramón Ragués i Vallès, Ricardo Robles Planas y Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles (trad.), *Sobre el Estado de la Teoría del Delito* (Seminario en la Universitat Pompeu-Fabra), Civitas, Madrid, 2000, p. 160.

³⁶ ROXIN, *Autoría y Dominio...*, cit., pp. 272-273.

³⁷ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Autoría y participación en la empresa”, en Serrano-Piedecabras, José Ramón y Demetrio Crespo, Eduardo (dir.), *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*, Colex, Madrid, 2008, p. 162.

actuación delictiva (dolosa y culpable) del ejecutor...”³⁸, apelando, para ello, a la variedad de contenidos que la autoría puede albergar en el razonamiento penal³⁹.

Decir que es tan autor quien mata a alguien como quien da la orden de hacerlo desde una posición alejada del evento criminal, e incluso distante de las decisiones concretas del atentado, como tiempo, lugar, modalidad, etc., supone la construcción de una base metodológica que permita explicar una forma de instrumentalización, que armonice el planteamiento con el principio de responsabilidad⁴⁰.

Sin que sea la única forma de atribución de responsabilidad penal contra el superior jerárquico en un aparato organizado⁴¹, y con un consenso importante en la doctrina, los principales requisitos de la autoría mediata por dominio de organización se pueden resumir en la disposición de los miembros a ejecutar las órdenes, su subordinación (que implica la existencia del mando en un aparato de poder), su

³⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª ed. corregida, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo (trad.), Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 763.

³⁹ GÓRRIZ ROYO, Elena Mª, *El concepto de autor en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 419.

⁴⁰ De acuerdo a un sector de la doctrina, la tesis de la autoría mediata por dominio de organización abandona el principio de responsabilidad. Véase SCHÜNEMANN, Bernd, “El Tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata”, María Carolina Palma Vargas (trad.), *Derecho Penal y Criminología*, 2004, vol. 25, pp. 35-36. En <http://revistas.uexternado.edu.co>. Las formas de autoría mediata no explicarían cómo el sujeto es responsable por el hecho, sino solamente el planteamiento esquemático del problema (p. 646); por ejemplo, en la autoría mediata a través de un instrumento doloso no cualificado, tradicionalmente, se dice que el instrumento no puede ser autor, pero no se dice por qué el sujeto de atrás deba serlo (p. 618); de igual modo, la tesis de la autoría mediata no termina de explicar en qué medida la fungibilidad es un dato suficiente. Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, Miguel, *La Autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991.

⁴¹ MEINI, Iván, “La autoría mediata de Abimael Guzmán”, *Revista Sobre Cultura, Democracia y Derechos Humanos*, 2007 (1), p. 52.

fungibilidad⁴² y, principalmente, la automaticidad del aparato, tal como se detalla a continuación.

4.1. Existencia de un aparato organizado de poder

Un aparato de poder supone una estructura vertical y piramidal⁴³ en cuya cúspide se ubican los órganos o mandos directivos que toman las decisiones e imparten órdenes y por debajo, los encargados de cumplirlas, que no participan en la creación de los planes y se limitan únicamente a cumplir su parte⁴⁴. Señaladamente, estamos frente a una estructura preestablecida⁴⁵, donde "...sólo hace falta que participen unas cuantas personas..."⁴⁶, que funciona de forma independiente de la voluntad de los ejecutores materiales y está sometida a la voluntad del hombre de atrás.

La composición y dinámica del aparato, que subyace a sus miembros⁴⁷, permite que "...la iniciativa de puesta en marcha por el sujeto de detrás se realiza con independencia de la persona del ejecutor"⁴⁸. Por ende, "...autor mediato sólo puede ser quien dentro de una organización rígidamente dirigida tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo..."⁴⁹. Pero "...no cualquier tipo de autoridad es la que aquí interesa, sólo aquella que le permite al sujeto ordenar la comisión de hechos antijurídicos"⁵⁰. Y desde esta concepción, los mandos medios o intermedios que porten el

⁴² BOLEA BARDÓN, *Autoría Mediata...*, cit., p. 396.

⁴³ MEINI, Iván, *El domino de la organización en Derecho penal*, Palestra, Lima, 2008, p. 31.

⁴⁴ BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata...*, cit., p. 337.

⁴⁵ ROXIN, "Dominio de organización...", cit., p. 244.

⁴⁶ ROXIN, *Autoría y Dominio...*, cit., p. 275.

⁴⁷ MEINI, *El domino de la organización...*, cit., p. 32.

⁴⁸ ROXIN, *Autoría y Dominio...*, cit., p. 278.

⁴⁹ ROXIN, "Dominio de organización...", cit., p. 244.

⁵⁰ MEINI, *El domino de la organización...*, cit., p. 31. FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente...*, cit., p. 205.

poder de dictar una orden también serán considerados autores mediatos⁵¹.

Las características señaladas pueden resumirse en la automaticidad del aparato de poder⁵², esto es, si la ejecución de la orden delictiva no requiere de la intervención directa del sujeto de atrás, sino que son los propios engranajes del aparato (a cargo de distintas personas) los que la llevan a cabo, eso quiere decir que el funcionamiento del aparato, desde la posición del sujeto de atrás, es automático. Así, lo instrumentalizado es el aparato de poder⁵³, no el ejecutor material⁵⁴, y la esencia de un aparato de poder se define desde sus puntos más distantes⁵⁵.

Sin embargo, para un sector doctrinal, decir que el sujeto de atrás realiza el delito por medio de la organización y no necesariamente a través del ejecutor fungible es un planteamiento que se enfrenta derrotado a la premisa de la Parte General del Código penal que habla de comisión a través de otro, para referirse a una persona y no a una organización⁵⁶. Empero, esta aparente contradicción se solucionaría considerando que el vocablo “instrumento” debe ser utilizado en términos generales, siendo lo decisivo que se pueda indicar

⁵¹ ROXIN, Claus, “Dirección de la organización como autoría mediata”, Manuel Abanto Vásquez (trad.), *ADPCP*, 2009, vol. LXII, p. 59.

⁵² MEINI, *El dominio de la organización...*, cit., p. 33.

⁵³ ROXIN, “Dirección de la organización...”, cit., p. 58.

⁵⁴ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996, p. 275.

⁵⁵ Por lo demás, las razones de adhesión al aparato, así como la forma de haber logrado el ápice de la misma, no tienen relevancia a efectos de sustentar esta teoría.

⁵⁶ FARALDO CABANA, Patricia, “Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa”, en Serrano-Piedecasas, José Ramón y Demetrio Crespo, Eduardo (dir.), *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*, Colex, Madrid, 2008, p. 121. FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente...*, cit., p. 114. De hecho, podría alegarse que una organización criminal no tiene una personalidad jurídica reconocida, por ejemplo, no puede incorporarse como tercero civil responsable en un proceso penal.

que tanto el hombre de atrás como el ejecutor material comparten el dominio del hecho (riesgo típico), desde fundamentos distintos, claro está; el primero desde la propia dinámica de la organización, el segundo, desde su decisión autónoma de cumplir con una orden⁵⁷.

4.2. *Funcionamiento de la organización al margen del Derecho*

Dice Roxin: "El sistema (o sea, el sistema parcial de un Estado) tiene, por tanto, que trabajar delictivamente como un todo ('desvinculado del Derecho') [*rechtsgelöst*] si la seguridad del resultado que fundamenta una autoría mediata debe atribuirse a las instrucciones de los hombres de atrás"⁵⁸. Dicho en otros términos, la orden de cometer delitos no puede fundamentar dominio, allí donde la organización se mueva por los cauces del Derecho⁵⁹.

El requisito de apartamiento del Derecho no significa que todo el aparato funcione al margen del mismo⁶⁰, sino que basta con que funcione desvinculado de la ley, en función del delito ordenado⁶¹. En consecuencia, en un solo aparato organizado podrán convivir en paralelo dos formas de funcionamiento, una sujeta a la legalidad y la otra no. La segunda asegura al sujeto de atrás que su orden transite a lo largo de la organización hasta cumplirse. Objetivo imposible en la primera modalidad⁶².

Este segundo requisito tiene, en esencia, dos manifestaciones típicas: i) organizaciones del propio aparato estatal y ii) organizaciones clandestinas o secretas⁶³. Las segundas, por los adjetivos usados, suelen estar totalmente al margen

⁵⁷ BOLEA BARDÓN, *Autoría Mediata...*, cit., pp. 367-368, 374.

⁵⁸ ROXIN, "Dominio de organización...", cit., p. 245.

⁵⁹ ROXIN, *Autoría y Dominio...*, cit., p. 277.

⁶⁰ MEINI, Iván, *El domino de la organización*, cit., p. 47. FARALDO CABANA, *Responsabilidad Penal del Dirigente...*, cit., p. 198.

⁶¹ ROXIN, "Dirección de la organización...", cit., p. 60.

⁶² FARALDO CABANA, "Posibilidades de Aplicación...", cit., p. 110.

⁶³ ROXIN, *Autoría y Dominio...*, cit., pp. 277-278.

del Derecho, es decir, su constitución no tiene otra explicación que la comisión de delitos. Sin embargo, y especialmente cuando de aparatos estatales se trata, afirmar la total marginalidad legal es algo de muy difícil contrastación, pues incluso en el gran aparato de poder nazi, algún acto legal debió acontecer. Con lo cual la ilegalidad se refiere, únicamente, a que la orden del superior jerárquico se aparta del Derecho. Pero de por sí esto es algo que comparten todos los delitos⁶⁴, por ende, quizás el requisito de la marginalidad del Derecho como soporte del dominio del aparato de poder a manos del hombre de atrás no sea tal, sino solamente sirva para la descripción de los objetivos delictivos del aparato, que paradójicamente nace en virtud de la ley.

Por lo demás, que los integrantes de la organización se vinculen a través de órdenes ilícitas realmente describe su disposición a cometer delitos, como pieza fundamental de la autoría mediata por dominio de aparato de poder⁶⁵.

4.3. *Fungibilidad del ejecutor material*

La fungibilidad del ejecutor material aseguraría, en gran medida, el cumplimiento de la orden ilícita proveniente del sujeto de atrás⁶⁶, es decir, que los miembros del estrato inferior del aparato sean fácilmente sustituibles probaría que la organización funciona independientemente de la identidad variable de sus miembros⁶⁷. La presencia de muchos posibles ejecutores no es una presunción hipotética si tomamos en cuenta las características propias de la organización⁶⁸. Parte

⁶⁴ MEINI, *El domino de la organización...*, cit., p. 54. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, María B., *Criminalidad de Empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 90.

⁶⁵ Ídem, p.60.

⁶⁶ ROXIN, Claus, "Dirección de la organización...", cit., p. 58, 61. ROXIN, *Autoría y Dominio...*, cit., p. 272. CERVINI, Raúl y ADRIASOLA, Gabriel, *El Derecho Penal de la Empresa...*, cit., p. 148.

⁶⁷ BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría Mediata...*, cit., p. 348.

⁶⁸ ROXIN, "Dominio de organización...", cit., p. 245.

de la complejidad del aparato de poder se explica por la multiplicidad de ejecutores materiales (como toda forma de organización, la base de la pirámide siempre es más ancha⁶⁹), sin que ello suponga, no obstante, exigir un número ilimitado de personas dispuestas al hecho⁷⁰. Entonces, un elemento fundante del dominio del hecho sería la seguridad del hombre de atrás de que la organización proveerá de un ejecutor más dispuesto cuando el inicial se desista.

Este requisito tiene mucho sentido si se define a la organización como una estructura vertical de poder⁷¹, donde el ejecutor no puede evitar con su negativa la realización del delito, a lo sumo puede anular su aportación⁷². Y de esta constatación se desprende que mientras más alto se escale, menos fungibilidad se encontrará en el aparato⁷³, pues no sólo no parece lógico que existan más mandos intermedios que obedientes ejecutores, sino que el poder que ostentan los mejor posicionados en la pirámide no es un bien accesible a todos. En efecto, la teoría que se comenta fue pensada principalmente para aparatos estatales que aprovechan su poder para cometer delitos⁷⁴ y si atendemos al carácter político de la composición estatal, es claro que sólo se elige a un presidente, a un jefe de oficina o a un responsable de la gestión, con lo cual pocos optan por el poder de mando superior o intermedio. De esto resulta que, si un mando intermedio de importante jerarquía se negase a cumplir la orden, el sujeto de atrás perdería el dominio del hecho, porque de ese escaño no se predicaría la fungibilidad.

Cabe señalar que el aparente desdén por el anónimo y cambiante ejecutor material -“...ruedecilla en el engranaje...”-⁷⁵

⁶⁹ Parece obvio que se trata de un número considerable de personas, véase ABOSO, *Los límites...*, cit., p. 335.

⁷⁰ BOLEA BARDÓN, *Autoría Mediata...*, cit., p. 396.

⁷¹ MEINI, *El domino de la organización...*, cit., p.113. FARALDO CABANA, *Responsabilidad Penal del Dirigente...*, cit., p. 97.

⁷² FARALDO CABANA, “Posibilidades de Aplicación...”, cit., p. 94.

⁷³ ABOSO, *Los Límites...*, cit., p. 304.

⁷⁴ FARALDO CABANA, *Responsabilidad Penal del Dirigente...*, cit., p. 31.

⁷⁵ ABOSO, *Los Límites...*, cit., p. 283.

no se refleja en los términos del análisis penal, pues allí se le considera tan autor como al poderoso sujeto ubicado en la cima de la organización⁷⁶. Es más, la fungibilidad del ejecutor material explicaría la relevancia del aparato desde sus puntos más distantes, pues ella aseguraría que la orden será cumplida⁷⁷.

Sin embargo, podría no ser tan cierta la relevancia de este requisito. Que los ejecutores materiales sean sustituibles no siempre representa una alta probabilidad de que el delito ocurra⁷⁸, pues la capacidad de reemplazo es muestra de condiciones logísticas óptimas al interior de la organización, no de la destreza requerida para cometer el delito (capacidad de convencimiento del esbirro, para lograr “aportantes fantasmas” durante una campaña electoral). Además, la fungibilidad no explica cómo o a través de qué mecanismo es que un sujeto ejecutor reemplaza a otro que falló o que simplemente abdicó de obedecer la orden.

La valía de este requisito solamente podrá constatarse cuando realmente alguien desista de ejecutar la orden, supuesto que no debería ser recurrente en un aparato de poder⁷⁹, que principalmente se construye para transmitir y ejecutar órdenes. Sustituir rápidamente al autor del yerro tampoco es muestra de automatismo, lo es que el aparato encuentre la forma de cumplir la orden, y ello se puede lograr sin cambiar de ejecutor, antes bien, dándole una segunda oportunidad, sin que el sujeto de atrás lo sepa. Y es que centrar el análisis en lo fungible de los miembros del aparato desprecia el valor de las habilidades, destrezas y competencias (a veces normativas) de los ejecutores enfilados para llevar a cabo el plan criminal.

⁷⁶ FARALDO CABANA, *Responsabilidad Penal del Dirigente...*, cit., p. 104. Sin embargo, para Bolea Bardón, Roxin abandona el principio de responsabilidad al obviar la plena responsabilidad del ejecutor material como límite, abriendo una nueva categoría de autoría mediata. Véase BOLEA BARDÓN, *Autoría Mediata...*, cit., pp. 350-352.

⁷⁷ ROXIN, “Dirección de la organización...”, cit., pp. 58, 61.

⁷⁸ FARALDO CABANA, *Responsabilidad Penal del Dirigente...*, cit., p. 90.

⁷⁹ MEINI, *El domino de la organización...*, cit., pp. 39-40. ROXIN, “Dirección de la organización...”, cit., p. 64.

En definitiva, probablemente la fungibilidad realmente signifique que el aparato cuente con el personal suficiente, resuelto y con los recursos necesarios para cumplir la orden, frente a determinada eventualidad (miedo del ejecutor, torpeza, intervención policial, etc.), sea que trate de miembros menos o más fungibles.

4.4. Disposición a cometer el delito por parte de los miembros del aparato

Para que una orden ilícita se traslade desde la cúpula de una organización hasta sus estratos ejecutores, y sea cumplida, sus miembros tendrán que estar de acuerdo y concurrir con su realización, algo que parece obvio tomando en consideración que la incorporación al aparato de poder es un acto voluntario. Así se explicaría que los engranajes del aparato de poder funcionen de forma automatizada, esto es, sin que el emisor de la orden deba participar activamente calibrando su decisión a lo largo de la estructura vertical.

Contando con la disposición de los miembros a cometer el delito, cada nivel de la organización informará al siguiente acerca de la orden emitida, produciendo que los extremos de la distribución jerárquica no tengan contacto, por lo menos respecto de la coordinación y ejecución del plan criminal. Y tal vez esta descripción explique cómo cada quien se vincula con la orden y es autor autónomo (y no coautor⁸⁰) del delito ordenado desde la cúpula de la organización. Pero, además, quizá también así se explique cómo funciona un aparato de poder que se constituye a expensas de una organización legal previamente establecida, como es el caso de la Administración, en referencia a delitos de corrupción pública.

⁸⁰ Las categorías de autoría y participación fueron construidas en torno a un hecho individual, entonces, un supuesto de pluralidad de personas organizadas jerárquicamente, de plano, escaparía a sus alcances conceptuales. La estructura ordinaria de la responsabilidad individual no captura adecuadamente la naturaleza especial de la macro criminalidad. Véase ABOSO, *Los Límites...*, cit., pp. 91-92. BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría Mediata...*, cit., p. 366. FARALDO CABANA, "Posibilidades de Aplicación...", cit., p. 89.

Cualquiera sea la razón de la sujeción a las reglas del aparato de poder⁸¹, lo cierto es que la especial disposición de los ejecutores materiales fundamenta la seguridad del hombre de atrás respecto de la ejecución de sus órdenes⁸².

Sin embargo, para Gustavo Aboso⁸³, hablar, al mismo tiempo, de una especial disposición al cumplimiento y de la fungibilidad de los ejecutores resulta contradictorio, pues si un ejecutor material se negase a actuar (y otro lo reemplazara) demostraría, por el contrario, su poca disponibilidad para cometer el delito. Por ende, la congruencia de ambos elementos en una misma tesis no resulta sostenible. No obstante, y a pesar del orden lógico de la crítica, probablemente su fundamento parta de una confusión de planos en la imputación. Es decir, los requisitos del dominio del hombre de atrás tienen que ver con la existencia y automaticidad de la organización, allí caben la especial disposición y la fungibilidad. Luego, la relación entre el delito y su ejecutor material es un asunto de otro dominio –autoría inmediata–, y allí la crítica tiene sentido, nadie que se niegue a actuar está especialmente dispuesto a hacerlo. Pero incluso desde este acierto de la crítica, quien se niegue a cometer el delito estuvo dispuesto (inicialmente) a cometerlo y, además, podrá ser sustituido por otro, y estas son cuestiones que se discuten respecto del aparato de poder. Tan distintos son los planos, que la negativa de ejecución puede solucionarse con reglas jurídicas individuales (no relacionadas al aparato), como, por ejemplo, el desistimiento⁸⁴.

Con todo, el automatismo del aparato explica la responsabilidad penal por un acto que fácticamente realizó otra persona⁸⁵.

⁸¹ Sobre que el ejecutor, dentro del aparato, se hallará expuesto a una serie de influencias. Véase MEINI, *El domino de la organización...*, cit., p.28. ROXIN, “Dirección de la organización...”, cit., p. 64.

⁸² ROXIN, “Dominio de organización...”, cit., p. 247.

⁸³ ABOSO, *Los Límites...*, cit., pp. 289-290, 349.

⁸⁴ En este punto, Aboso opina que no queda claro la suerte de la organización cuando el delito no se ejecuta, ob. cit., p. 341.

⁸⁵ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, cit., p. 272. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER, “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica ‘trascendencia’”, *ADPCP*, 1998 vol. LI, p. 333.

El principio de responsabilidad por el propio hecho no significa la imposibilidad de atribuir hechos ajenos a una persona, sino la imputación objetiva y subjetiva de esos hechos⁸⁶, y la tesis de la autoría mediata por dominio de organización es una herramienta idónea para dicho menester, pues en definitiva el hombre de atrás controla o domina el resultado típico a través del aparato⁸⁷.

5. APLICACIÓN DE LA TESIS DE AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN A CASOS DE ALTA O GRAN CORRUPCIÓN

Fue un supuesto de hecho donde el Estado utilizó su poder para actuar contra los intereses de los ciudadanos, en el que la tesis de la autoría mediata por dominio de organización se aplicó⁸⁸. Y la corrupción, que básicamente entorpece el ejercicio de derechos fundamentales⁸⁹, no es un supuesto diferente, es decir, también representa una actuación contra los intereses de los ciudadanos, y una de sus modalidades (la alta o gran corrupción) lo hace a través del poder institucional de la Administración, desnaturalizando sus instancias, tras la planificación y ejecución del delito. En consecuencia, si "...la gran corrupción posee contornos en buena parte coincidentes con los del crimen organizado..."⁹⁰, si, además, "...la autoría mediata por dominio de organización reclama que se le emplee si concurren sus requisitos"⁹¹, y aunque "...no todos

⁸⁶ FARALDO CABANA, *Responsabilidad Penal del Dirigente...*, cit., p. 105.

⁸⁷ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de Empresa...*, cit., p. 63.

⁸⁸ En el mismo sentido, véase SCHÜNEMANN, "El Tempestuoso...", cit., p. 34. BOLEA BARDÓN, *Autoría Mediata...*, cit., pp. 346, 349, 387.

⁸⁹ ASÚA 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 Asúa Batarrita, Adela (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 19. BERDUGO, Ignacio, *Viejo y Nuevo Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2012, p. 184.

⁹⁰ HAVA GARCÍA, "Gran corrupción...", cit., p. 67.

⁹¹ MEINI, *El domino de la organización...*, cit., p. 30. La figura jurídica del dominio de la organización puede aplicarse sobre actividades terro-

los delitos provocados por una organización delictiva fundamentan *eo ipso* una autoría mediata de los que ordenan...”⁹², aquí se postula que los superiores jerárquicos de la Administración pueden ser procesados judicialmente bajo los alcances de la tesis de la autoría mediata por aparato de poder o dominio de organización, cuando de hechos de gran o alta corrupción se trate.

La legislación penal argentina⁹³, considera delitos de corrupción las siguientes conductas: cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, exacciones ilegales y enriquecimiento ilícito. Y en todas ellas subyace el principal fundamento del injusto de corrupción: aprovechamiento del poder público en beneficio privado⁹⁴. Además, y desde el sesgo que interesa a las ideas de este trabajo, el legislador argentino no desatiende la complejidad con que funciona la Administración pública. Consciente de que no se trata de jirones de poder que cuelgan condenados a no rozarse jamás, sanciona al funcionario público que actúa de forma directa o por persona interpuesta, es decir, considera que el clásico supuesto de autoría individual y directa no se da abasto, respecto de las formas de criminalidad en espacios de interacción que tienen a la pluralidad de intervinientes como un rasgo distintivo⁹⁵. Y esta constatación bien puede ser el

ristas y determinadas formas de aparición de la criminalidad organizada, en tanto se den sus condiciones en cada caso particular. Véase ROXIN, “Dominio de organización...”, cit., p. 247.

⁹² ROXIN, “Dominio de organización...”, cit., p. 246.

⁹³ Biblioteca del Congreso de la Nación, *Dossier Legislativo. Corrupción*. Dirección de Servicios Legislativos. año IV, n° 99, marzo, 2016, p. 3. En <https://bcn.gob.ar>.

⁹⁴ Véase TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Mercado y Administración Pública / Criminalidad Económica y corrupción política”, en Medina Cuenca, Arnel (coord.), *El Derecho Penal en tiempos de cambio. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, UNIJURIS, La Habana, 2016, p. 147. BERGUDO, *Nuevo y Viejo Derecho Penal...*, cit., p. 192.

⁹⁵ La forma cómo funciona la Administración se refleja sin más en la comisión de delitos de corrupción: mecanismos complejos, coordinados y estratégicos. Véase DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *La respuesta*

preludio de la aplicación de la tesis de autoría mediata por dominio de organización, en casos de alta corrupción.

Dice Meini: "...Como organización, el Estado cuenta con una estructura jerárquica manifiestamente fuerte, con cadenas de mando notablemente formalizadas, con divisiones y compartimentajes estandarizados ...que hacen de él la organización prototípica para aplicar autoría mediata por dominio de organización (...) ¡Qué mejor aparato de poder que el propio Estado!"⁹⁶. Además, como si la idoneidad distributiva y jerarquizada de los cauces burocráticos no fuera suficiente, la compleja composición normativa de la Administración puede ser determinante para la impunidad que los sujetos con mayor poder político se procuran⁹⁷.

En este sentido, la mayor cantidad de atribuciones normativas será el primer indicio para conocer quién es el sujeto de atrás (además de los recaudos que vinculen al superior jerárquico con el hecho delictivo, lógicamente), como también para explicar la importancia material de su aporte. Algo que se condice con la lógica del poder, pues en una estructura vertical como la Administración, cuanto más alto sea el punto de ubicación, serán más los estamentos subordinados y controlados. Sin embargo, aunque la distribución vertical de los estratos indique jerarquía y poder, también es verdad que cada escaño está dotado de una serie de atribuciones normativas que a la postre servirán para transmitir la orden hasta ejecutarla. Este circuito no sólo dispensa razones su-

la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen con ella, Comares, Granada, 2004, p. 4. ACALE SÁNCHEZ, María, "Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal del 15 de enero de 2007", *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2007 (38), p. 28; "Limitaciones Criminológicas y Normativas del Concepto de Corrupción", en Puente Alba, Luz María (dir.), *La Proyección de la Corrupción en el Ámbito Penal: Análisis de una Realidad Transversal*, Comares, Granada, 2017, p. 6.

⁹⁶ MEINI, *El domino de la organización...*, cit., pp. 177-179. En el mismo sentido. Véase AMBOS, "Sobre la 'organización'...", cit., p. 12.

⁹⁷ MEINI, *El domino de la organización...*, cit., pp. 57, 180.

ficientes para identificar la automaticidad del aparato, sino que sustenta la autoría independiente de los subordinados y subordinadas.

Tal como se mencionó en líneas precedentes y como lo explicitara la sentencia del Tribunal Supremo alemán del 26 de julio de 1993, para el caso de los disparos en el Muro de Berlín⁹⁸, el hombre de atrás tiene el dominio del hecho cuando aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, a sabiendas de la automaticidad que se desencadenará cuando emita la orden delictiva⁹⁹. No obstante, la cúspide del aparato puede contribuir a la automaticidad del mismo, principalmente, cuando uno de los elementos de cohesión de la organización sea la filiación política, por ejemplo, ordenando la contratación de sus más fieles correligionarios, en puestos claves de una entidad pública, garantizando así la realización ordenada y previsible del delito. Dicho de otro modo, los extremos del aparato pueden tener algún tipo de contacto, y, en el supuesto mencionado, ello redundaría en su automaticidad. Con este aditivo, el superior jerárquico que comete el delito indirectamente¹⁰⁰, no solamente controlaría el aparato desde el plano normativo, sino, además, desde una realidad fáctica, en virtud de las relaciones extrañas a la Administración (ilegales), que le vinculan con sus subordinados.

De otro lado, sin que sea una cuestión explícita en los fundamentos primigenios de la tesis, no es necesario que la orden emanada del vértice más alto de la organización mantenga el mismo *nomen iuris* hasta su ejecución. El hombre de atrás no ordena la comisión de un tipo penal específico del Código

⁹⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de Empresa...*, cit., p. 58.

⁹⁹ El dominio del que se habla es uno sobre el aparato. Véase FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva*, Reus, Madrid, 2007, p. 171.

¹⁰⁰ Expediente Acumulado nº 560-03. Pablo Talavera, Director de Debates. Sentencia de la Sala Penal Nacional de la República del Perú, de fecha 13/10/16, p. 165.

penal (con la descripción gráfica de sus elementos objetivos, subjetivos, agravantes, etc.), sino que delinea los contornos generales de un hecho criminal, el mismo que podría representarse en más de un tipo penal. Por ejemplo, si el Presidente o Presidenta de la Nación ordena un contrato de infraestructura pública con una específica empresa brasileña, el derrotero de dicha orden podrá requerir de más de un cohecho, de algunos tráficos de influencias, otras negociaciones incompatibles y, por supuesto, producirá el enriquecimiento ilícito de los miembros del aparato. Ergo, la automaticidad de la organización disgrega la orden en tantos comportamientos típicos como gestiones sean necesarias para cumplirla.

Desde este punto de vista, la falta de meticulosidad en la tipicidad de la orden emitida es una condición que reafirma la autonomía del sujeto de adelante, cuya discrecionalidad lo vuelve autor del delito. Él domina el hecho de la parte del plan criminal que sus competencias normativas le permiten ejecutar, en las entrañas del cuerpo burocrático del Estado.

Por lo demás, la negativa del ejecutor material de un aparato de poder usado para cometer delitos de corrupción pública es poco probable, pues todos y cada uno de los miembros de la organización tienen más de una razón para obedecer las órdenes: agradecimiento por el puesto de trabajo concedido de forma discrecional a manos del hombre de atrás, lealtad al partido político (protección al líder político), beneficio personal obtenido por la gesta corrupta, riesgo de autoincriminación¹⁰¹,

¹⁰¹ En los delitos de alta corrupción, la denuncia del subordinado desbarataría por completo la organización, pues la relevancia política y mediática de este tipo de criminalidad (sin que se asegure sanción contra los responsables) paralizaría la comisión de hechos delictivos. Sin embargo, su valía para frustrar el aparato de poder no ubica al ejecutor material en alguna escala más alta de la organización. El absoluto poder de mando se decide desde el funcionamiento de la organización, no en las posibilidades de su destrucción; si no fuese así, el meticuloso periodista o el policía acucioso que descubre la trama serían, también, los sujetos de atrás. Por lo demás, cuanto menos en la experiencia peruana, el descubrimiento de la trama corrupta se desvela desde sus participantes, mandos medios que deciden acogerse a procesos preiales de colaboración o delación.

etc. Del mismo modo en que no era normal que ante la orden de matar a los fugitivos que intenten cruzar el Muro de Berlín algunos soldados hayan perdonado la vida de los que lo intentaran¹⁰², en el caso concreto –y en general en los casos de corrupción política–¹⁰³ es muy difícil suponer alguna disidencia, denuncia o rechazo de la orden, principalmente por las razones ya dichas.

Siendo esto así, el automatismo de la organización y el hecho criminal suponen algo más que una secuencia de causa efecto; comparten una íntima naturaleza de adecuación e idoneidad, que se puede rentabilizar al máximo como legítimo criterio de imputación.

Tal como se comentó *supra*, la especial disposición a cometer el delito, que se predica de los miembros del aparato, es un requisito indispensable y fundante de la tesis de la autoría mediata por dominio de organización. Y ello puede resumirse en una máxima de la experiencia aplicada a cualquier grupo criminal: “...Para formar parte del grupo, el imputado debe precisamente compartir la finalidad delictiva común, el propósito delictivo o la intención de cometer el delito...”¹⁰⁴. Por ende, sin que importe tanto la cantidad de elementos fungibles como la adscripción al plan criminal de todos los involucrados, el automatismo de la organización se sostiene en la disposición a cometer el hecho de sus integrantes. Y la prueba fáctica de esta afirmación se encuentra en el hecho de que el empresario interesado en el contrato público (para seguir

¹⁰² ROXIN, “Dominio de organización...”, cit, p. 246.

¹⁰³ Desde el plano sociológico, la corrupción es esencialmente política. Véase TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Corrupción Política: Consideraciones Político Criminales”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2017, vol. 1, p. 2. En: <https://www.ejc-reeps.com>. Sin embargo, el crimen de corrupción puede ser abordado desde distintos puntos de vista, que dependerán del observador que se trate. Véase DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “La lucha contra la corrupción política”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016 (1), p. 4. En: <https://dialnet.unirioja.es>.

¹⁰⁴ KISS, “La contribución...”, cit., p. 27.

con el ejemplo), precisamente porque es consciente de que fue el miembro más poderoso del aparato quien ha emitido la orden, no pierde tiempo en la tarea de refrendar –con el superior jerárquico– el acto del subordinado, y seguirá adelante durante el proceso administrativo de adjudicación de la obra pública, que finalmente logrará de manera ilegal.

Finalmente, la contratación fraudulenta de la obra pública –decisión que en nuestro ejemplo proviene de las atribuciones políticas del Poder Ejecutivo, esto es, de un poder ajeno al control del simple ejecutor material– no puede ser consecuencia del actuar errático e individual de los operadores subordinados¹⁰⁵. Y esto es así porque una orden ilegal al interior de la Administración sólo puede pervivir cuando quien la emite no solamente se ubica en el vértice más importante de la misma, sino que la controla, gracias al poder normativo que ostenta¹⁰⁶, dejando al ejecutor material no más que las circunstancias de trámite y ejecución de su orden¹⁰⁷.

Son estas razones las que explicarían el porqué de considerar al superior jerárquico de una concreta entidad de la Administración, autor mediato por dominio de organización en un hecho de gran corrupción.

6. CONCLUSIONES

El concepto político de gran o alta corrupción permite escindir una concreta tipología criminal, que se caracteriza por

¹⁰⁵ Como lo dice la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal de la República de Argentina. Véase ABOSO, *Los Límites...*, cit., p. 319.

¹⁰⁶ BOLEA BARDÓN, *Autoría Mediata...*, cit., p. 370. La intervención del hombre de atrás y el sustento de su poder al interior de la organización podría resumirse en la siguiente afirmación: "...los criterios materiales de definición del dominio han de venir impuestos normativamente, partiendo de las prescripciones legales, los principios axiológicos que informan el ordenamiento jurídico y la propia realidad fáctica...". Véase p. 401. ROXIN, *Autoría y Dominio...*, cit., pp. 274-276. ABOSO, *Los Límites...*, cit., p. 320.

¹⁰⁷ ABOSO, *Los Límites...*, cit., p. 304. ROXIN, "Dominio de organización...", cit., p. 243.

la simbiosis del poder político y económico, que funciona de manera organizada y que la convierte en una modalidad delictiva extremadamente peligrosa y grave.

La nota característica de su organización se encuentra en el calco del organigrama de la Administración, que significa un complejo sistema de distribución de competencias y posiciones jerarquizadas de poder y subordinación.

La plataforma delictiva mencionada legitima la aplicación de la tesis de la autoría mediata por dominio de organización o aparato de poder, pues sus requisitos nucleares de automaticidad y disposición criminal de sus miembros se constatan sin más, cuando un delito de gran o alta corrupción se enmarca en los cauces burocráticos de la Administración.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María, "Limitaciones Criminológicas y Normativas del Concepto de Corrupción", en Puente Alba, Luz María (dir.), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, Comares, Granada, 2017.

– "Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal del 15 de enero de 2007", *La Ley Penal*. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, 2007 (38), pp. 5-30. Anteproyecto. Código Penal de la Nación Argentina, 2018. Anteproyecto elaborado por la Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación, creada por decreto 103/2017, Eudeba, Buenos Aires (versión electrónica). En <http://www.pensamientopenal.com.ar>.

ABOSO, Gustavo Eduardo, *Los límites de la autoría mediata. Criterios para la justificación del sujeto instrumento por parte del autor mediato*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

AMBOS, Kai, "El Caso Eichmann", Díaz, Leandro (trad.), *adcp*, 2015 vol. LXVIII, pp. 79-98.

– "Sobre la "organización" en el dominio de la organización", Fernando Tarapués y Ricardo Robles Planas (trad.), *Indret*, 2011 (3/2011), pp. 1-25. En <http://www.indret.com>.

- ASÚA 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 Asúa Batarrita, Adela (ed.), *Delitos contra la Administración Pública, Instituto Vasco de Administración Pública*, Bilbao, 1997.
- BERDUGO, Ignacio, *Viejo y Nuevo Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2012. Biblioteca del Congreso de la Nación. Dossier Legislativo. Corrupción. Dirección de Servicios Legislativos. Año IV, n° 99, marzo 2016. En <https://bcn.gob.ar>.
- BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- CERVINI, Raúl y ADRIASOLA, Gabriel, *El Derecho Penal de la Empresa desde una visión garantista*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2005.
- CIGÜELA SOLA, Javier, "El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción de la persona jurídica", *Indret*, 2016 (1/2016), pp. 1-28. En: <http://www.indret.com>.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto, "La lucha contra la corrupción política", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016 (1), pp. 1-25. En: <https://dialnet.unirioja.es>. – *La respuesta la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen con ella*, Comares, Granada, 2004.
- DI GENNARO, Giuseppe, "La Criminalità Organizzata Nell'Esperienza Internazionale", en De Cataldo, L. - Tinebra, G. (ed.), *La Criminalità Organizzata Negli Anni'90 Strumenti di Lotta E Nuove Strategie*, CEDAM, Padova, 1993, pp. 5-19.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La Autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991.
- Expediente Acumulado n° 560-03. Pablo Talavera, Director de Debates. Sentencia de la Sala Penal Nacional de la República del Perú, de fecha 13/10/16.
- FARALDO CABANA, Patricia, "Posibilidades de Aplicación de la Autoría Mediata con Aparatos Organizados de Poder en la Empresa", en Serrano-Piedecabras, José Ramón y Demetrio

Crespo, Eduardo (dir.), *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*, Colex, Madrid, 2008, pp. 89-129.

– *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

FELJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ TERUELLO, Javier, “El fenómeno de la corrupción en España: respuesta penal y propuesta de reforma”, en Puente Alba, Luz María (ed.), *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*, Universidade da Coruña, A Coruña, 2015, pp. 55-76.

GONZÁLEZ MÁS, José Luis, “Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado”, en Magaz Álvarez, Ricardo (coord.), *Criminalidad y Globalización. Análisis y estrategias ente grupos y organizaciones al margen de la Ley*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2012, pp. 143-196.

GRISOLÍA, G., Francisco, “El delito de asociación ilícita”, *Revista Chilena de Derecho*, 2004 (1), pp. 75-88.

GÓRRIZ ROYO, Elena M^a, *El Concepto de Autor en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

HAVA GARCÍA, Ester, “Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional”, *Revista Nuevo Foro Penal*, 2016 (87), pp. 60-98.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, “Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global”, en Quintero, Gonzalo (coord.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, t. II, Aranzadi, Madrid, 2001, pp. 1445-1473.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2^a ed. corregida, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo (trad.), Marcial Pons, Madrid, 1997.

- KISS, Alejandro, "La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional", *Indret*, 2013 (2/2013), pp. 1-34. En: <http://www.indret.com>.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, María B., *Criminalidad de Empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MARINE, Frank, "The effects of organized crime on legitimate businesses", *Journal of Financial Crime*, 2006 (13), pp. 214-234.
- MCINTOSH, Mary, *La organización del crimen*, Nicolás Grab (trad.), Siglo XXI, México DF, 1977.
- MEINI, Iván, *El domino de la organización en Derecho penal*, Palestra, Lima, 2008.
- "La autoría mediata de Abimael Guzmán", *Revista Sobre Cultura, Democracia y Derechos Humanos*, 2007 (1), pp. 49-57.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, "Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial", *Estudios Penales y Criminológicos*, 2014, vol. XXXIV, pp. 511-560.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y OLÁSOL, Héctor, "La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España", *Revista Penal México*, 2011 (1), pp. 171-188.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, "Autoría y Participación en la Empresa", en Serrano-Piedecabras, José Ramón y Demetrio Crespo, Eduardo (dir.), *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*, Colex, Madrid, 2008, pp. 161-186.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004.
- ROXIN, Claus, "Dirección de la organización como autoría mediata", Vásquez, Abanto (trad.), *ADPCP*, 2009, vol. LXII, pp. 51-65.

- “Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, Gómez, Justa (trad.), *Revista Penal*, 2006 (18), pp. 242-248. En: <https://dialnet.unirioja.es>.
 - *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, séptima ed. alemana. Cuello Contreras, Joaquín y José Luis Serrano González de Murillo (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2000.
 - “Formas de intervención en el delito. Estado de la Cuestión”, en Jesús-María Silva Sánchez, María Teresa Castiñeira Palou, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, David Felip I Saborit, Ramón Ragués i Vallès, Ricardo Robles Planas y Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles (trad.), *Sobre el Estado de la Teoría del Delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), Civitas, Madrid, 2000, pp. 155-178.
- RUSCONI, Maximiliano, LÓPEZ, Hernán y KIERSZENBAUM, Mariano, *Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales”, en Cancio Meliá, Manuel y Pozuelo Pérez, Laura (coord.), *Política Criminal en Vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Civitas Thomson, Navarra, 2008, pp. 451-494.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica ‘trascendencia’”, *ADPCP*, 1998 vol. LI, pp. 319-363.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “El Tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata”, María Carolina Palma Vargas (trad.), *Derecho Penal y Criminología*, 2004 vol. 25, pp. 27-46. En <http://revistas.uexternado.edu.co>.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Corrupción Política: Consideraciones Político Criminales”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2017, vol. 1, pp. 1-37. En: <https://www.ejcreeps.com>.
- “Mercado y Administración Pública / Criminalidad Económica y corrupción política”, en Medina Cuenca, Arnel (coord.), *El Derecho Penal en tiempos de cambio. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, UNIJURIS, La Habana, 2016, pp. 144-176.

- “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, *Revista Nuevo Foro Penal*, 2016 (87), pp. 18-59.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas”, *Revista Nuevo Foro Penal*, 2016 (86), pp. 62-114.

- “Culpables, Millonarios e Impunes: el difícil tratamiento del Derecho penal del delito de cuello blanco”, en Zúñiga, Laura, Gorjón, Concepción, Fernández, Julio y Díaz, Lina (coord.), *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, Ratio, Salamanca, 2012, pp. 27-47.

- “Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de ‘participación en organización criminal’”, en Zúñiga, Laura, Méndez, Cristina y Díaz, Diego (coord.), *El derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002, pp. 51-71.

ABUSOS GENÉRICOS DE FUNCIONARIOS Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA: UN ANÁLISIS COMPARADO DE LOS SISTEMAS ESPAÑOL Y ARGENTINO

ESTHER HAVA GARCÍA

1. INTRODUCCIÓN

El *Diccionario de la Real Academia* define el término “prevaricación” como “un delito consistente en que una autoridad, un juez o un funcionario dicte a sabiendas una resolución injusta”. Conforme a ello, los códigos penales españoles tradicionalmente han otorgado ese *nomen iuris* a dos modalidades delictivas diferentes: la prevaricación judicial (que se tipifica actualmente en los arts. 446 y ss. del Código Penal español) y la prevaricación de funcionarios públicos, denominación esta última con la que se hace referencia principalmente a las conductas consistentes en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo, a sabiendas de su injusticia (art. 404 del mismo texto punitivo)¹.

¹ El art. 404 del Código Penal español de 1995 establece: “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 y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”. La redacción actual es fruto de la reforma del precepto operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal. Sobre los antecedentes de este precepto penal, véase HAVA GARCÍA, Esther, “Prevaricación de los funcionarios”, en Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 811 y ss.

No ha seguido el mismo camino la tradición legislativa argentina, pues en este país el término *prevaricato* aparece unido de forma prácticamente exclusiva a los comportamientos injustos de los jueces (y, en algunos supuestos, a determinadas conductas de otros profesionales o funcionarios relacionados con el proceso, como árbitros, abogados, mandatarios judiciales, fiscales y otros servidores públicos de la justicia). No obstante, es posible hallar en el texto punitivo argentino un precepto en el que, salvando las distancias, se penaliza un comportamiento similar a la prevaricación administrativa española; se trata del art. 248 del Código Penal de la Nación Argentina, el cual castiga con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, al “funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales...”².

En las siguientes páginas se realiza un análisis de los principales elementos típicos de ambos preceptos (la prevaricación administrativa española y los denominados “abusos genéricos de funcionarios”³ del ordenamiento penal argentino), con el fin de profundizar en su estructura dogmática y valorar las bondades y defectos que presentan dichas regulaciones a la hora de prevenir la corrupción en el seno de la Administración Pública.

En efecto, la mayoría de los estudios sobre la respuesta penal frente a la corrupción administrativa se centran en figuras delictivas tales como, por ejemplo, el cohecho, la malversación (peculado) o, más recientemente, el blanqueo de capitales (lavado de activos) o el enriquecimiento injusto, probablemente porque dicho fenómeno suele implicar el in-

² El precepto penal argentino abarca un ámbito de regulación mucho mayor que el del español, pues asimismo castiga con las mismas penas al funcionario público que “ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

³ En este sentido, véase DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*, t. III, 4ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, pp. 147 y ss.

tercambio de importantes sumas de dinero (que pasan del erario público –en el caso de la malversación– o del corruptor –en el caso del cohecho– al corrupto). Sin embargo, no debe perderse de vista que *el hecho injusto que sirve de base* (a la apropiación de caudales públicos) *o constituye el objetivo final* (del soborno) *en la inmensa mayoría de los comportamientos corruptos en el seno de la Administración Pública, es un acto resolutorio arbitrario dictado por un funcionario público.*

Es por ello que algunos de los fenómenos de corrupción que han alcanzado mayor repercusión mediática en los últimos tiempos en España aparecen ligados al delito de prevaricación administrativa. Así por ejemplo, en el primer juicio celebrado en el seno del “caso Palma Arena”, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca condenó por prevaricación, entre otros delitos y acusados, al ex presidente de las Islas Baleares, por haber inducido durante su mandato ciertas resoluciones arbitrarias relacionadas con la contratación fraudulenta de un asesor para sus discursos y comparecencias públicas⁴. Pocos meses más tarde, y en un asunto de corrupción ligado igualmente a los medios de comunicación (el “caso Maquillaje”), esta Audiencia condenaba a la ex presidenta y ex vicepresidente del Consejo de Mallorca por el mismo delito y otros relacionados, al estimar probado que dictaron resoluciones administrativas “para subvencionar una actividad que nunca se pretendió realizar, (...) pues no tenían otro fundamento ni finalidad que favorecer una sustracción de fondos públicos” destinados a productoras y medios de comunicación bajo control de Unió Mallorquina, partido político ya desaparecido que era liderado en el tiempo de comisión de los hechos delictivos por la procesada⁵. Posteriormente fueron apareciendo otros importantes cargos políticos imputados por prevaricación administrativa, por ejemplo, en el “caso Nóos” (que constituye la pieza nº 25 del “caso Palma

⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 1ª, 18/2012, de 19 de marzo.

⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª, 68/2012, de 16 de julio.

Arena”, y en la que se investiga el uso dado mediante una red de sociedades a los fondos recibidos entre 2004 y 2007 por el Instituto Nóos, presidido hasta 2006 por el ex duque de Palma, en ejecución de los convenios firmados con determinados organismos públicos dependientes de los Gobiernos Balear y Valenciano) y el “caso de los ERE” (en el que se enjuician las irregularidades cometidas en la concesión de ayudas públicas para determinados expedientes de regulación de empleo, y que provocó el ingreso en prisión provisional del ex director General de Trabajo y del ex consejero de Empleo de la Junta de Andalucía, entre otros).

En Argentina también pueden encontrarse conocidos escándalos de corrupción en los que se plantea la aplicación del delito de abusos genéricos de funcionarios. Así sucede por ejemplo en el caso IBM-Banco Nación, aún pendiente de sentencia, en el que varios altos cargos se vieron imputados, a consecuencia de la tramitación de un oficio apócrifo con evidentes inconsistencias y la posterior transferencia fraudulenta de una elevada suma de dinero, por los delitos de abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público, además del de malversación de caudales públicos⁶. En tiempos más recientes, los medios se han hecho eco asimismo de varios hechos sospechosos de corrupción en los que resultaría en hipótesis aplicable este delito. En este sentido baste con mencionar el reciente caso de Sáenz Peña (provincia del Chaco) en el que el ex ministro de Infraestructura ha sido procesado por la comisión, entre otros delitos, de varios hechos constitutivos de abuso de autoridad, por haber creado una estructura en el seno de la universidad para designar familiares dentro del organigrama jerárquico y ejecutar licitaciones y contrataciones directas de manera fraudulenta⁷; o el caso, igualmente reciente, del Escuadrón 14 de Las Pal-

⁶ Al respecto, véase la sentencia 133/17 de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal de 20 de marzo de 2017, que revoca el sobreseimiento por defraudación al Banco de la Nación Argentina.

⁷ Según noticia publicada el 15 de octubre de 2018 en <https://www.infobae.com>.

mas (también de la provincia del Chaco), que ha provocado la detención de ocho de sus miembros entre otras acusaciones por las de abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionarios, al haber indicios de que dichas personas integraban una red de corrupción que camuflaba sus actividades ilícitas falseando las planillas de patrullaje, omitiendo algunos procedimientos de secuestro⁸). No obstante, también es cierto que el ámbito de aplicación otorgado por los operadores jurídicos argentinos a la modalidad típica análoga del delito de abusos genéricos de funcionarios parece mayor que el de la prevaricación administrativa española⁹.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En la búsqueda del objeto de tutela penal en los delitos de prevaricación administrativa o abusos genéricos cometidos por autoridades y funcionarios públicos, de poca ayuda sirven la mayoría de las tesis que conciben un bien jurídico “generalista”, común a todos los delitos contra la Administración pública, entre otras cosas porque restan, precisamente por su carácter generalista, virtualidad práctica a principios tales como el de intervención mínima y lesividad a la hora de perfilar con contornos precisos esta figura delictiva.

De este modo, pueden rechazarse de plano concepciones tales como la de la “infracción del deber del cargo” (entre otras cosas, porque sin mayores matizaciones llevaría a fijar el objeto de tutela penal en la preservación de los deberes del funcionario frente al Estado, concepción inadmisibles en un sistema democrático, en el que la función pública está al servicio de

⁸ Noticia publicada el 23 de octubre de 2018 en <https://www.infobae.com>.

⁹ Al menos a la vista de otras recientes noticias aparecidas en la prensa argentina. Así por ejemplo, el secretario de Energía ha sido denunciado penalmente por el fiscal por un supuesto delito de abuso de autoridad e incumplimiento de deberes de funcionario público, a raíz de la compensación por la devaluación del peso de las compañías distribuidoras de gas (cfr. <https://www.clarin.com>).

los ciudadanos¹⁰), o la que identifica el bien jurídico protegido en todos estos delitos con la dignidad o prestigio de la Administración Pública (ideas que en tiempos pasados vinieron a legitimar directa o indirectamente determinadas situaciones políticas no caracterizadas, precisamente, por la normalidad democrática¹¹); de forma paralela, y por consideraciones similares, puede descartarse asimismo que sean los propios órganos administrativos los que resulten tutelados en el delito de prevaricación¹². Más útil parece en cambio tomar como punto de partida aquella posición doctrinal, mayoritaria en la actualidad, que señala como objeto genérico común a todos los delitos contra la Administración “el correcto desempeño de la función pública”¹³, interpretada esta en clave constitucional.

En España, son varios los preceptos constitucionales que se encargan de ordenar la forma en que han de ejercerse todas las actividades públicas (ya sean estas administrativas, judiciales o parlamentarias). Así, el art. 9.1 de la Constitución española establece que “los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, y a ellos corresponde “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” (art. 9.2). Asimismo, la Constitución Española garantiza el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3). Estos

¹⁰ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos”, *La Ley*, 1996-5, pp. 1513 y ss.

¹¹ REBOLLO VARGAS, Rafael, “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 Arroyo Zapatero, Luis Alberto y Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam LH-Barbero Santos* (2001), vol. II, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, 2001, pp. 559 y ss.

¹² GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 15 y ss.

¹³ En sentido similar, DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pp. 15 y ss.

principios, además, se regulan de forma específica en el texto constitucional respecto de la actuación administrativa, señalando en este sentido el art. 103.1 que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa (...) con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”, y el art. 106.1 que “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican”. Por su parte, la Constitución de la Nación Argentina dispone en su art. 43 que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...”.

De lo anterior cabe deducir que, pese a que el bien jurídico genéricamente protegido en el delito de prevaricación administrativa es el correcto ejercicio de la función pública conforme a los parámetros constitucionales¹⁴ (en otras formulaciones, el correcto ejercicio de la potestad administrativa como servicio público¹⁵ o conforme al interés general¹⁶, el interés tutelado más específicamente en este delito es el *respeto del principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas*, como principio esencial al que debe someterse la actividad administrativa en un Estado social y democrático de Derecho¹⁷.

¹⁴ O “el regular funcionamiento de la Administración Pública y la legalidad de sus actos”, que es la fórmula empleada en D’ALESSIO, Andrés José (dir.), *Código Penal comentado y anotado. Parte especial*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 795.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995”, en Muñoz Conde, Francisco, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1997, pp. 43 y ss.

¹⁷ MORALES PRATS, Fermín, y RODRIGUEZ PUERTA, María José, “Artículo 404”, en Quintero Olivares, Gonzalo, *Comentarios a la parte especial*

Como señala un sector doctrinal¹⁸, se trata en definitiva de que las resoluciones dictadas por la autoridad o el funcionario (actos administrativos mediante los cuales sirven a los ciudadanos) han de respetar la legalidad vigente, de forma que sin ilegalidad no hay delito de prevaricación administrativa, pues “no cabe resolución injusta sin apartamiento de la legalidad, o bien la ilegalidad de la resolución es el primer elemento de su injusticia”¹⁹. Es por tanto el principio de legalidad el bien jurídico principalmente protegido en estos delitos²⁰, el cual además aparece íntimamente relacionado con el de prohibición de la arbitrariedad a los poderes públicos.

No obstante, debe reconocerse que la protección del principio de legalidad no corresponde en exclusiva al Derecho penal, sino que compete también a otras ramas del ordenamiento y en especial al Derecho administrativo, a través del sistema de recursos, la jurisdicción contencioso-administrativa y el propio derecho disciplinario²¹. La coexistencia de ambos ór-

del Derecho penal, 10ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2016, p. 1647. Así lo ha entendido también la Jurisprudencia española, cuando señala que el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación administrativa es el “recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución, [lo que] obliga a tener en consideración los artículos 103 y 106 de dicho Texto Fundamental, que sirven de plataforma esencial a toda actuación administrativa, estableciendo el primero la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo al mismo sometimiento al principio de legalidad de la actuación administrativa y de esta a los fines que la justifican” (Sentencia del Tribunal Supremo 443/2008, de 1 de julio).

¹⁸ DELGADO GIL, Andrés, “Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración pública”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXII, 2009, p. 370.

¹⁹ LÓPEZ GARRIDO, Diego, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Closas-Orcoyen, Madrid, 1996, p. 177.

²⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 313 y ss.

²¹ MORALES PRATS - RODRÍGUEZ PUERTA, “Artículo 404”, cit., p. 1648.

denes sancionadores, así como la vigencia del principio de intervención mínima, obligan a buscar criterios claros que sirvan para deslindar el ámbito propio de lo disciplinario frente al ocupado por lo penalmente relevante²². En efecto, el principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible, y no lo es cuando se trata de conductas, como las normalmente realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. Por ello, el Derecho penal solamente debe ocuparse de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que van más allá de la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger.

No basta, pues, con la mera inobservancia de la norma para afirmar la existencia de un delito de prevaricación. Será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas (revocables, anulables por vía de recurso o nulas de pleno derecho, y en su caso también sancionables por vía disciplinaria) de las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus que supone el injusto penal viene concretado legalmente, en el caso español, en los diferentes elementos típicos que configuran la prevaricación administrativa del art. 404 de su texto punitivo, y se traduce en un mayor desvalor de acto (el sujeto debe actuar "a sabiendas de su injusticia") y en un mayor desvalor de resultado (la resolución dictada ha de ser "arbitraria")²³. Algo similar sucede en

²² En este sentido, señala la sentencia del Tribunal Supremo español 1658/2003, de 4 de diciembre, que para afirmar la existencia de un delito de prevaricación administrativa no es suficiente con constatar la mera ilegalidad, esto es, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería así su carácter de *ultima ratio*.

²³ De este modo, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo español 674/1998, de 9 de junio, el delito de prevaricación no trata de

el caso argentino, pues también a propósito del art. 248 del Código Penal de la Nación afirma la doctrina de este país que “lo que caracteriza el contenido de ilicitud de este tipo penal radica en el *uso abusivo o arbitrario* de la función pública, en tanto es utilizada para violar la Constitución o las leyes”²⁴.

3. SUJETO ACTIVO

El art. 404 del Código Penal español prevé la posibilidad de que cometan el delito de prevaricación “la autoridad o funcionario público” (conceptos que se encuentran definidos en el art. 24 del mismo texto punitivo²⁵), mientras que el art. 248 del Código Penal de la Nación Argentina se refiere exclu-

sustituir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho, sino de sancionar supuestos límite en que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública, se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado o a los intereses generales en un injustificado ejercicio de abuso de poder. Con todo, como también señala el mismo Tribunal Supremo, nada consolida más el Estado de Derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo a la Ley, y por tanto el apartamiento de esta norma de actuación supone una ruptura de esta confianza que puede llevar aparejada la más grave de las respuestas previstas en la sociedad democrática: la respuesta penal. Y no puede servir de coartada a dicha respuesta penal la existencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (sentencia 648/2007, de 28 de junio).

²⁴ D’ALESSIO, *Código Penal comentado y anotado. Parte especial*, cit., p. 795.

²⁵ Dicho precepto establece: “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

sivamente al "funcionario público" (expresión que ha de ser interpretada conforme a la definición contenida en su art. 77²⁶), de modo que solo podrá ser sujeto activo de este delito un funcionario público que actúe en ejercicio de su cargo y obrando dentro de su propia competencia²⁷.

En todo caso, parece claro que del campo de posibles sujetos activos de estos delitos han de excluirse a los jueces o Tribunales cuando actúen en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, en la medida en que a tales supuestos resultará aplicable en su caso el correspondiente tipo penal de prevaricación judicial, previsto tanto en el ordenamiento español como en el argentino. No obstante, ello no significa que las personas que ostentan facultades judiciales estén completamente excluidas del radio de acción de la prevaricación administrativa (en España) o de los abusos genéricos de autoridad (en Argentina), dado que aún podrán cometer dicho delito cuando actúen en asuntos no estrictamente judiciales (por ejemplo, instrucción de expedientes disciplinarios o desarrollo de otras funciones gubernativas).

Por lo demás, la doctrina española es prácticamente unánime a la hora de calificar el delito de prevaricación administrativa como delito especial propio²⁸, de modo que no es posible estimar la autoría propiamente dicha de personas que no reúnan las condiciones expresamente requeridas en el tipo penal (aunque ello obviamente no excluye la estimación de otras formas de participación)²⁹. De forma análoga, en el caso

²⁶ Conforme a dicho precepto, con tales términos "se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".

²⁷ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 168.

²⁸ Por todos, véase GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "El delito de prevaricación de funcionario", en Asúa Batarrita, Adela (coord.), *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1998, pp. 221 y ss.

²⁹ Conforme a lo anterior, ha de rechazarse la tesis que concibe la prevaricación administrativa no como ilícito especial propio sino como

de los abusos genéricos de la función del art. 248 del Código Penal de la Nación Argentina, se afirma que la posibilidad de que se presenten supuestos de coautoría entre varios funcionarios intervinientes en el dictado de la resolución u orden ilegales se encuentra limitada a los casos en que a todos ellos se les haya confiado conjuntamente esa función³⁰.

4. CONDUCTA TÍPICA

El ámbito típico abarcado por el delito de abusos genéricos de funcionarios del art. 248 del Código Penal de la Nación Argentina es mucho más amplio que el comprendido en la prevaricación administrativa del art. 404 del texto punitivo español: por un lado, el precepto argentino no sólo incluye más modalidades comisivas (se castiga, además del dictado de resoluciones u órdenes inconstitucionales o ilegales, la ejecución de dichas resoluciones u órdenes, así como la no ejecución de leyes³¹); por otro lado, el precepto español restringe

delito de propia mano (esto es, aquel en el que sólo puede ser autor quien ejecuta personal y materialmente la acción típica), concepción que parece íntimamente ligada a la identificación del bien jurídico con la infracción de los deberes del cargo. Así, se señala desde esta perspectiva que la prevaricación constituye un delito de propia mano en la medida en que su consumación exigiría la infracción de un deber altamente personal (lesión del bien jurídico que le estaría vedada a terceros no vinculados por tal deber), lo que excluiría la posibilidad de apreciar en ellos no sólo la autoría mediata sino también la comisión por omisión, por constituir no un injusto lesivo de bienes jurídicos, sino una "actuación personal" contraria a la Administración (sobre dicha tesis, críticamente, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, "¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?", *Revista Penal*, 2006-8, pp. 102 y ss.). Frente a lo anterior, ha de insistirse en que las exigencias típicas del art. 404 CP efectúan una selección de los posibles sujetos activos en base a consideraciones jurídicas (no naturalísticas), lo que convierte a la prevaricación administrativa en un delito especial propio en el que es perfectamente posible la comisión por omisión.

³⁰ D'ALESSIO, *Código Penal comentado y anotado. Parte especial*, cit., p. 795.

³¹ Sobre tales modalidades típicas, véase por ejemplo DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pp. 163 y ss.

aún más su alcance, dado que su redacción literal exige que el sujeto actúe “a sabiendas de su injusticia” y que la resolución dictada sea “arbitraria”.

En este sentido, la Jurisprudencia española viene exigiendo para apreciar la concurrencia de un delito de prevaricación administrativa los siguientes elementos: en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que dicha resolución sea contraria al derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario con conocimiento de que actúa en contra del derecho (sentencia del Tribunal Supremo 309/2012, de 12 de abril). No obstante, y por lo que se refiere al requisito de la causación de “un resultado materialmente injusto”, debe dejarse claro que el tipo no exige la producción de un menoscabo objetivo a la cosa pública, ni requiere tampoco que se inflija un daño específico a personas o servicios públicos concretos (por más que a menudo tales daños se produzcan efectivamente). La redacción típica del art. 404 del Código Penal de España sólo exige, en definitiva, que el funcionario o autoridad dicte a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria, de modo que la alusión que realiza la Jurisprudencia española a la injusticia del resultado causado debe entenderse referida a la propia afectación del bien jurídico protegido³².

³² En la medida en que la violación del principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad suponen “un daño inmaterial constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellos deben merecerse, porque de custodio de la legalidad se convierten en sus primeros infractores con

4.1. *Verbo nuclear: "dictar"*

"Dictar" es, de acuerdo con la segunda acepción que otorga a dicho verbo la Real Academia Española, "dar, expedir, pronunciar leyes, fallos, preceptos, etc.". De dicha definición, unida al elemento "resolución", deduce un sector de la doctrina española la naturaleza inequívocamente activa del delito de prevaricación administrativa, descartando consecuentemente la posibilidad de que se realice en comisión por omisión³³. Frente a lo anterior, otros autores admiten tal posibilidad en base a consideraciones sistemáticas y teleológicas; en esencia, y en coherencia con la regulación del silencio administrativo en el ordenamiento español, se afirma que en estos supuestos la omisión puede estimarse equivalente a la activa causación del resultado ("resolución") cuando el sujeto activo (esto es, el funcionario público) hubiera podido impedirla cumpliendo con su deber jurídico de actuar³⁴.

efectos devastadores en la ciudadanía" (Sentencia del Tribunal Supremo 648/07, de 28 de junio).

³³ GONZÁLEZ CUSSAC, "El delito de prevaricación de funcionario", cit., pp. 225 y ss.

³⁴ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995", cit., pp. 47 y ss. Este autor refuerza su posición subrayando que, en el caso de la prevaricación judicial, los artículos 448 y 449 del Código Penal español (que tipifican, respectivamente, la negativa a juzgar y el retardo malicioso en la Administración de Justicia) vendrían a compensar la imposibilidad de apreciar en este delito la modalidad comisiva por omisión, dada la inexistencia en el ámbito jurisdiccional del instituto del silencio. Frente a lo anterior, redarguye González Cussac (ob. cit.), entre otras, con las siguientes consideraciones: a) no resulta congruente, ni político-criminalmente explicable, restringir el tipo de la prevaricación judicial (modalidad más grave) sólo a las conductas activas y en cambio ampliarlo en el caso de la prevaricación administrativa (infracción esta de mucha menor gravedad); b) en los delitos de funcionarios, cuando el legislador español ha querido castigar la omisión, lo ha hecho expresamente (así por ejemplo, en el art. 329 del texto punitivo, que regula la denominada prevaricación ambiental); c) para admitir el castigo por la vía de la comisión por omisión sería necesario que la conducta omisiva reuniera los requisitos establecidos en el art. 11 del Código Penal español, que en este caso no se darían.

El debate en torno a la posibilidad de aceptar o no la comisión por omisión en el delito de prevaricación administrativa está muy relacionado con la figura del silencio administrativo y las consecuencias que, tanto en el ámbito administrativo como en el penal, se otorguen a dicha institución en el respectivo ordenamiento.

Así, en el caso español, la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común establece con carácter general que “la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación” (art. 21.1), “el personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo”, y que el incumplimiento de dicha obligación dará lugar a responsabilidad disciplinaria, “sin perjuicio de la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente” (art. 21.6), de modo que la apreciación de la concurrencia de uno de los requisitos exigidos en el art. 11 del Código Penal español para estimar la omisión impropia (esto es, la existencia de una específica obligación *legal* de actuar) no resulta problemática. En definitiva, conforme a la normativa mencionada parece claro que tienen la consideración *ex lege* de verdaderos actos administrativos (de auténticas resoluciones, si no expresas al menos tácitas) aquellas omisiones de funcionarios o autoridades que, incumpliendo su obligación legal de resolver de forma explícita, provocan la estimación de las pretensiones de los interesados por el juego del silencio administrativo. En estos supuestos, no parece que existan obstáculos insalvables a la hora de afirmar la responsabilidad penal por prevaricación si se dan el resto de los requisitos típicos exigidos en el art. 404 del Código Penal español, esto es, que la inactividad del funcionario se haya realizado “a sabiendas de su injusticia” y que la resolución resultante de dicha inactividad sea “arbitraria”. Dicha responsabilidad habría de atribuirse en comisión por omisión cuando la inactividad se haya traducido en la inexistencia de una reso-

lución, pues es precisamente el “no hacer” del funcionario el que provoca la afectación del principio de legalidad (no así en los casos de mera ausencia de notificación, ya que en estos el funcionario ha realizado una actividad consistente en emitir una resolución arbitraria, aunque haya omitido comunicar formalmente su contenido al interesado)³⁵.

³⁵ Con todo, hay que reconocer que el Tribunal Supremo español no ha sido desde luego unánime a la hora de admitir la posibilidad de la comisión por omisión en el delito de prevaricación administrativa. No admitía tal posibilidad, por ejemplo, su sentencia de 26 de abril de 1994 (“no adoptó entonces nueva resolución, limitándose a un comportamiento pasivo, que ya no encaja en la forma penal descrita en el artículo 358 del Código Penal”). En cambio, la Jurisprudencia española actual no encuentra ya reparos a la hora de apreciar la comisión por omisión en el delito de prevaricación administrativa, sobre todo a partir del Acuerdo del Tribunal Supremo de 30 junio de 1997, en el que se examinó la cuestión relativa a la tipicidad de la conducta del Alcalde que no convoca el pleno que le ha sido solicitado para decidir una moción de censura, concluyéndose que “tal conducta sería subsumible en el tipo de prevaricación del art. 358 del Código Penal de 1973 y artículo 404 del Código Penal de 1995, por entender que la prevaricación recogida en tales preceptos puede cometerse por omisión”. Dicho Acuerdo ha dado lugar a una ya extensa relación de casos en los que se condena por prevaricación administrativa en base a la inactividad de la autoridad o funcionario público obligado a resolver. Así por ejemplo, las Sentencias 784/1997, de 2 de julio: “se ha producido una patente y abierta contradicción con las normas legales al impedir el recurrente, en el ejercicio de sus funciones de Alcalde de la localidad, con su conducta omisiva, que pudiera someterse a debate una moción de censura, presentada con cumplido acatamiento a las normas que la regulan, haciendo ilusorios los legítimos derechos y expectativas de los peticionarios, con evidente desprecio de los intereses generales, y clara vulneración del mandato constitucional recogido en el artículo 9.3 de la Norma Suprema que proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y del obligado sometimiento de la Administración Pública a la ley y al Derecho que consagra el artículo 103.1 de la Constitución, de cuyo respeto y acatamiento era el recurrente garante por disposición legal”; 1093/2006, de 18 de octubre (Alcalde que, a sabiendas de la falta de residencia en el municipio, permite el empadronamiento de personas con el único fin de incrementar el número de votantes en las elecciones municipales y no inicia el procedimiento de baja de oficio de dichos empadronamientos indebidos, lo que le había

De distinta forma se plantea la cuestión en la Argentina, y ello a pesar de que en este país el art. 26 del Reglamento de Procedimientos Administrativos (decreto 1759/72, reformado por decreto 894/2017) establece actualmente que “el personal que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo. El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa aplicable”. Como puede comprobarse, con ello queda establecido expresamente también en este caso el deber legal de resolver del funcionario público, pero la ausencia en el texto punitivo argentino de un precepto de características similares al art. 11 del Código Penal español (o cualquier otra cláusula de conversión o equivalencia que habilite la construcción analógica de tipos omisivos) hace que la punición de la omisión impropia presente evidentes dificultades por su posible inconstitucionalidad³⁶.

4.2. Concepto de resolución

Por “resolución” a efectos del delito de prevaricación administrativa (en el ordenamiento español) o abusos genéricos de la función (en el ordenamiento argentino) ha de entenderse *cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio*, que afecte los derechos de los administrados y a la colectividad en general, ya sea esa

sido requerido por la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral); y 133/2011, de 15 de febrero (responsable municipal que pese a las reiteradas denuncias vecinales y actuaciones administrativas, no decreta el cierre de establecimiento de ocio sin licencia, inseguro y que ocasiona indudables molestias).

³⁶ Al respecto, véase URRÁ, Matías, “La omisión impropia no escrita en el Derecho penal argentino. Problemática. Inconstitucionalidad vs. Constitucionalidad”, *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, vol. 2, 2012-1, pp. 245 y ss.

declaración de voluntad emitida de forma expresa o tácita, escrita u oral. El concepto comprende tanto los actos de contenido singular (nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos) como los actos administrativos de efectos generales (destinados a una pluralidad individualizable de sujetos). En cambio, no constituirían “resoluciones” a efectos penales los reglamentos y demás normas de carácter general.

No obstante, existe un cierto debate en el seno de la doctrina española en torno a si ciertas disposiciones generales tienen cabida en el delito de prevaricación en tanto que resoluciones. Dicha posibilidad ha sido rechazada, entre otros, por González Cussac³⁷, en esencia por negar la propia existencia de reglamentos estrictamente independientes de la ley y entender que, como el resto de los reglamentos, constituyen normas generales que no *resuelven* sino que *regulan*; en consecuencia, la arbitrariedad o contrariedad al ordenamiento jurídico debe medirse en estos supuestos con parámetros no exactamente coincidentes con la injusticia de una resolución concreta, y ha de ponderarse básicamente en relación al ataque a la división de poderes que suponga la invasión del funcionario de funciones legislativas, aplicando en su caso los arts. 506 y ss. CP.

Por lo que respecta al ordenamiento argentino, y como señala Donna³⁸, el tenor literal del art. 248 de su texto punitivo obliga a diferenciar entre resoluciones y órdenes. En relación a ello, un sector doctrinal ha señalado que las primeras pueden constituir tanto una reglamentación de carácter general (edicto policial) como la determinación de la voluntad del Estado con respecto a una situación concreta (prohibir o acordar una manifestación pública, resoluciones ministeriales, decretos municipales), de modo que una resolución se transformaría en orden cuando es confiada a un órgano del Estado

³⁷ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: La prevaricación”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. XXX, 1996, pp. 11 y ss.

³⁸ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pp. 165 y ss.

con la conminación de ejecutarla o darle cumplimiento³⁹. Sin embargo, otro sector doctrinal mantiene que las resoluciones a las que hace referencia el art. 248 del Código Penal de la Nación Argentina son todas aquellas disposiciones dictadas por la autoridad, que crean, extinguen o modifican derechos, facultades, obligaciones o cargas de terceros o del mismo Estado, sea con carácter general o particular, y que tienen por finalidad crear una situación jurídica, en tanto que la orden sería la disposición de un acto que debe realizarse por otros funcionarios sobre terceros o personalmente por esos mismos terceros, y puede no presuponer una resolución anterior⁴⁰.

En cualquier caso, requerir que el acto administrativo posea, a efectos penales, contenido decisorio no debe entenderse en el sentido de exigir además que ponga fin a la vía administrativa, ni que suponga la finalización de un procedimiento administrativo determinado. Bastará con que la decisión despliegue una cierta eficacia frente a terceros, de modo que tampoco será preciso que dicha resolución sea firme ni que haya sido confirmada o revocada por el superior jerárquico. Por las mismas razones, resultará indiferente la concreta forma que revista la resolución, siempre que esta posea efecto ejecutivo, esto es, decisorio respecto de la cuestión sometida a juicio de la Administración⁴¹.

Por tanto, la resolución prevaricadora ha de contener de forma expresa o tácita una declaración de voluntad dirigida, en última instancia, a un administrado (o administrados) capaz de definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. En circunstancias normales, la adopción de una decisión de esta naturaleza debe producirse conforme

³⁹ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, t. V, TEA, Buenos Aires, 1988, p. 186.

⁴⁰ CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública. Comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 191. En el mismo sentido, D'ALESSIO, *Código Penal comentado y anotado. Parte especial*, cit., p. 796.

⁴¹ MORALES PRATS - RODRÍGUEZ PUERTA, "Artículo 404", cit., p. 1649.

a un procedimiento formalizado establecido en la normativa administrativa aplicable, en la que a menudo se habrá previsto la realización de otras actuaciones tendentes a adquirir el conocimiento necesario para resolver sobre el asunto en cuestión. Pero esas actuaciones (que pueden consistir en propuestas, consultas, dictámenes, etc.) deberán ser consideradas meros “actos de trámite”, no susceptibles de integrar el concepto penal de “resolución”, si se limitan a instrumentar y ordenar el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva (esto es, si no contienen la decisión material sobre el asunto a resolver)⁴². La misma calificación han de merecer los informes, en la medida en que carezcan de carácter decisorio (esto es, siempre que no posean carácter vinculante).

Por lo demás, la resolución (u orden) habrá de ser alguna de las que deben ser emitidas por funcionarios públicos (es decir, aquellas que se encuentran reguladas y sometidas al Derecho administrativo), porque resulta obvio que no toda conducta antijurídica de un servidor público puede constituir delito de prevaricación (o abuso genérico de funcionario), sino

⁴² Ello no significa, señala la Jurisprudencia española, que los denominados actos de trámite “carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto” (Sentencia del Tribunal Supremo 939/2003, de 27 de junio). Conforme a lo anterior, en España se ha negado la consideración de resolución a efectos del delito de prevaricación administrativa a actuaciones tales como, por ejemplo, el acuerdo de celebración de un pleno extraordinario y urgente de un Ayuntamiento en ausencia de dos concejales no citados, que habían presentado una moción de censura rechazada finalmente por el propio pleno (Sentencia del Tribunal Supremo 586/2009, de 1 de junio); el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento por el que se aprueba la incoación de un expediente disciplinario (Sentencia del Tribunal Supremo 723/2009, de 1 de julio); la elaboración de una nota informativa por parte del acusado fuera de su ámbito competencial (Sentencia del Tribunal Supremo 405/2009, de 13 de abril) y la redacción de un acta de conformidad en una actuación inspectora (Sentencia del Tribunal Supremo 48/2011, de 2 de febrero).

sólo aquellas en que haya ejercido funciones administrativas. Ello permite excluir del ámbito típico, tanto del delito español como del argentino, a las resoluciones con naturaleza jurisdiccional (que, en su caso, serán objeto de sanción penal conforme a los tipos de prevaricación judicial) o política. En este sentido, se suele descartar la relevancia a efectos del delito de prevaricación administrativa de los "actos políticos o de gobierno"⁴³, a los que se niega el carácter de resolución cuando su producción no está sujeta en la normativa administrativa a ningún procedimiento formalizado, revestido de las correspondientes garantías para el interesado⁴⁴.

De forma paralela, debe tenerse en cuenta que no todo asunto referente a una Administración en general constituye un "asunto administrativo" (y que no toda actuación de un órgano administrativo ha de ser directamente controlada por el Derecho administrativo), pues esta interviene en múltiples relaciones conforme a Derecho. Por ello, también deberá afirmarse la atipicidad respecto de estos delitos (sin perjuicio de que los hechos sean subsumibles en otros preceptos penales) de las decisiones adoptadas por funcionarios públicos que se rigen por otros mecanismos de control jurídico, al afectar exclusivamente a la esfera privada (Derecho civil o mercantil) o a la esfera laboral.

⁴³ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, cit., p. 66.

⁴⁴ No obstante, determinadas actuaciones realizadas en el contexto político pueden poseer dicha relevancia penal en algunos supuestos (normalmente relacionados con casos de corrupción), al menos según la Jurisprudencia española. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 1382/2002, de 17 de julio, condenó por prevaricación al Alcalde que se negó reiteradamente a crear una comisión de investigación sobre unas presuntas irregularidades financieras (pese a que ocho concejales habían votado a favor por sólo tres en contra), sin que justificase tal negativa inicial el hecho de que posteriormente accediera a crearla. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo 1147/1999, de 9 de julio, condenó a un Presidente y determinados miembros de un Consejo de Gobierno Autonómico que dictaron ciertas resoluciones declarando de interés cultural un solar, a sabiendas de su injusticia y con ánimo de lesionar intereses de terceros por motivos políticos.

4.3. *Naturaleza ilegal o arbitraria de la resolución*

Como se ha visto, la primera modalidad de conducta típica del art. 248 del Código Penal de la Nación Argentina (abuso genérico de funcionario) sólo requiere que la resolución u orden dictada por el sujeto activo sea *contraria* a las constituciones o leyes nacionales o provinciales. Es por ello que la doctrina argentina interpreta que el fin de contradicción a la Constitución es lo que marca el tipo penal: "Se trata de un abuso, habida cuenta de que el ordenamiento legal no le atribuye esa capacidad al funcionario, pues o está prohibida específicamente o no ha sido concedida, o cuando la actividad del funcionario, si bien se apoya en una facultad concedida por la ley, en el caso concreto, se ejerce arbitrariamente, por no darse los supuestos de hecho requeridos para su ejercicio"⁴⁵; desde una perspectiva similar, se ha señalado que la contrariedad de la resolución o la orden con la norma violada puede reconocer dos motivos: "El primero consiste en que el acto implica el ejercicio de una facultad que el funcionario no tiene, sea porque no se encuentra prevista o porque expresamente ha sido prohibida. El segundo radica en que, si bien el acto se encuentra dentro de las facultades conferidas al funcionario, en el caso particular los supuestos fácticos que autorizan su ejercicio están ausentes"⁴⁶.

La cuestión sin embargo se plantea en otros términos en el seno del ordenamiento español, dada la redacción del art. 404 de su texto punitivo. En efecto, no toda resolución ilegal dictada por autoridad o funcionario público en un asunto administrativo es típica a efectos de lo dispuesto en dicho precepto, sino sólo aquellas que resulten "*arbitrarias*", cualificación típica que obliga a distinguir las ilegalidades cuyo control corresponde a la jurisdicción contenciosa de las que, trascendiendo ya el estricto ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito de prevaricación por vulnerar abier-

⁴⁵ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 164.

⁴⁶ D'ALESSIO, *Código Penal comentado y anotado. Parte especial*, cit., p. 796.

tamente los principios constitucionales de imparcialidad, igualdad de oportunidades, de legalidad, etc., que conforman la actuación de la Administración⁴⁷.

Partiendo de una perspectiva objetiva, en España se ha tratado de graduar la gravedad de la ilicitud del acto requiriendo para satisfacer las exigencias típicas de la prevaricación administrativa que la resolución no sólo contradiga el ordenamiento jurídico (mera ilegalidad), sino que dicha contradicción sea “evidente, patente, flagrante y clamorosa, incluso grosera o esperpéntica, tan notoria e incuestionable que sea susceptible de ser apreciada por cualquiera”⁴⁸, apartándose la resolución de manera flagrante y llamativa de la normativa que regula sus aspectos esenciales, de modo que no exista ningún método de interpretación racional que permita sostener el criterio adoptado por el funcionario⁴⁹.

⁴⁷ Antes de abordar el análisis del término “arbitraria” conviene aclarar que pueden constituir resoluciones ilegales tanto los actos *reglados* (aquellos cuyos todos elementos vienen predeterminados legalmente) como los *discrecionales* (que permiten un cierto margen para la capacidad de decisión de la Administración), pues también la actividad discrecional está sujeta al control jurisdiccional de los *elementos reglados* que han de concurrir en su ejercicio (la propia existencia de la potestad que se manifiesta en el acto discrecional, el ámbito o extensión de dicha potestad, la competencia específica para actuarla –dentro de un determinado ente, y dentro de este por un concreto órgano–, y el fin o elemento teleológico de toda actuación administrativa). Al respecto, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2004, *passim*.

⁴⁸ Al respecto, existe numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, por ejemplo, las Sentencias 1068/2004, de 29 de septiembre; 1223/2004, de 21 de octubre; 773/2008, de 19 de noviembre; y 49/2010, de 4 de febrero).

⁴⁹ MORALES PRATS - RODRÍGUEZ PUERTA, “Artículo 404”, cit., pp. 1650 y ss. Conforme a dichos criterios se ha descartado la aplicación del delito de prevaricación en los casos en los que sólo se constatan *meras irregularidades administrativas* (Sentencias del Tribunal Supremo 1056/2002, de 3 de junio –Alcalde que en ejecución de un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento resuelve cometer obras de urbanización antes

En este sentido señala la Jurisprudencia española que incluso los actos nulos de pleno derecho, aun suponiendo graves infracciones del derecho aplicable, no resultan siempre incardinables en el concepto de “resolución arbitraria” del art. 404 CP, pues “no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación”⁵⁰. No obstante, desde una perspectiva exclusivamente objetiva resulta difícil imaginar supuestos en los que un acto nulo de pleno derecho desde el punto de vista administrativo no revista, al mismo tiempo, los caracteres de una “resolución arbitraria” a efectos penales; cierto es que la Jurisprudencia ha ido adornando la resolución arbitraria del delito de prevaricación con un cúmulo de adjetivos adicionales que tratan de facilitar la distinción entre la mera ilegalidad administrativa y la necesaria para integrar el tipo penal (calificando esta última, por ejemplo, de “patente”, “manifiesta” “grosera”, “flagrante” o “clamorosa”), pero también lo es que el empleo de dichos adjetivos, si bien apunta al plus de injusto que conlleva el ilícito penal, no parece que ayude mucho a determinar si, por ejemplo, la concesión de una licencia “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido” debe considerarse, en términos estrictamente objetivos, simplemente un acto nulo de pleno derecho (conforme a lo dispuesto en la Ley de procedimiento administrativo española), o si, por el contrario, ya constituye una resolución prevaricadora por constituir una “ilegalidad burda, evidente y expresiva del desprecio por los principios que rigen la actuación administrativa, de los que se desvía abiertamente”⁵¹.

de que el plan parcial fuera definitivamente aprobado— y 1887/2002, de 13 de noviembre —concesión por Alcalde de licencia de edificación de una vivienda unifamiliar a una hermana suya sin ajustarse a la legalidad vigente—).

⁵⁰ Así por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo 49/2010, de 4 de febrero y 340/2012, de 30 de abril.

⁵¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes, “La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 1997-11, pp. 357 y ss. El Tribunal Su-

Para los supuestos límites, la Jurisprudencia española a menudo se ha visto obligada a acoger otros criterios adicionales que, si bien pueden entenderse correctos, hacen referencia, implícita o explícitamente, más que al contenido objetivo del acto, a la voluntad de quien lo emite. Así, en ocasiones se ha puesto el énfasis en la “fácil cognoscibilidad de la contradicción de lo resuelto con el Derecho”, de modo que se estima la lesión del bien jurídico protegido en el art. 404 CP cuando la autoridad o funcionario ejerce *arbitrariamente* su poder, dictando una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, el resultado de su conveniencia o capricho⁵². Al respecto, señala la sentencia del Tribunal Supremo 1068/2004, de 29 de septiembre, que el empleo frecuente por parte de la Jurisprudencia de calificativos como los anteriores para identificar el radio de acción de la prevaricación administrativa no resulta determinante, sino el análisis de los supuestos de hecho en que dichos adjetivos han sido utilizados: “En todos esos casos, es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que este ha sido reemplazado por la

premo ha decretado la libre absolución por este delito al entender que la actuación realizada era “defendible en Derecho” o bien “ilegal pero no arbitraria”, aunque resultara posteriormente anulada en vía administrativa, entre otros en los siguientes casos: emisión de resoluciones que deniegan la autorización para realizar excavaciones arqueológicas que requieren previa licencia, siendo dos anuladas pero otra confirmada (Sentencia 727/2000, de 23 de octubre); Alcalde que paraliza obras legales, pese a la suspensión cautelar de otra resolución de paralización previa similar (Sentencia 312/2006, de 14 de marzo); Pleno de Ayuntamiento que acordó una permuta con sociedad mercantil de terrenos municipales a cambio de obras futuras (Sentencia 181/2012, de 15 de marzo).

⁵² Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 49/2010, de 4 de febrero. Cuando así ocurre, en definitiva, “se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable” (Sentencia del Tribunal Supremo 340/2012, de 30 de abril).

voluntad del funcionario. Esta casuística, cuyo común denominador es la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, fundada en un método hermenéutico aceptable, proporciona el aspecto sustantivo de la acción típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la función de garantía de la ley penal, que contingentemente la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho”.

En cualquier caso, la interpretación del término “arbitraria” que realiza tanto la Jurisprudencia como la Doctrina mayoritarias en España tiene la virtud de aclarar que, desde una perspectiva objetiva, el injusto de la prevaricación requiere una infracción del principio de legalidad tan grave como para suponer la nulidad de pleno derecho del acto (no resultando suficiente con su mera anulabilidad⁵³, por constituir estos supuestos las lesiones más clamorosas del bien jurídico protegido. Pero una vez comprobada la concurrencia de ese desvalor de resultado, sólo la constatación adicional del desvalor de comportamiento, esto es, la conciencia de resolver de espaldas al derecho, permitirá afirmar la presencia de un injusto penal completo. A ese desvalor de comportamiento se refiere el tipo español, en definitiva, con la expresión “a sabiendas de su injusticia”.

4.4. Tipo subjetivo

El art. 248 del Código Penal de la Nación argentina no contiene ninguna exigencia específica que cualifique la parte subjetiva del tipo, pero ello no ha sido óbice para que la Doctrina especifique que el delito de abuso genérico de funcionario requiere la concurrencia de dolo directo. En este sentido, señala Donna que el autor debe tener conocimiento de la ilegalidad de su comportamiento, razón por la cual entiende que “actúa con un plus subjetivo. En otros términos, el autor debe conocer la ilegalidad de las resoluciones u órdenes que

⁵³ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana, *Delitos contra la Administración pública*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 80 y ss.

se dictan, transmiten o ejecutan y debe tener la voluntad de dictarlas, ejecutarlas o abstenerse de cumplirlas, según los supuestos de que se trate. En el aspecto volitivo, el sujeto debe tener la voluntad de oponerse a la ley, de desconocerla, aunque no se alcance la mala aplicación o interpretación de ella"⁵⁴. Según mantiene el autor mencionado, hay acuerdo tanto en el seno de la Doctrina argentina⁵⁵ como en el de la Jurisprudencia⁵⁶ a la hora de requerir la *malicia* como elemento subjetivo del tipo⁵⁷, dado que dicha malicia estaría insita en cualquier caso de abuso⁵⁸. No obstante, el propio Donna reconoce que el concepto de malicia es dudoso⁵⁹, y tampoco han faltado voces contrarias a restringir el alcance del tipo subjetivo de los abusos genéricos de funcionarios al dolo directo; en este sentido, Molinas afirma que la exclusión

⁵⁴ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 167.

⁵⁵ Así, CREUS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 203, y SOLER, *Derecho Penal argentino*, cit., par. 140.

⁵⁶ "Para la producción de esta conducta resulta menester la acreditada existencia del propósito de violentar la ley de modo tal que menoscabarla mediante el empleo de la autoridad en forma abusiva, sin que se incrimine la decisión errónea o extemporánea por sí sola [...] El funcionario que aplica mal una ley interpretándola incorrectamente no cometerá abuso aunque lo haga a sabiendas. El abuso de autoridad presenta la doble forma del ejercicio de una facultad que se sabe inexistente como tal, y la del ejercicio de una facultad existente en condiciones conocidamente falsas ejerciéndose un poder que se sabe ilegal" (CNFed. Crim. y Correc., Sala 1, "González de Solar", 29/2/1988).

⁵⁷ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 168.

⁵⁸ Ya en este sentido NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, t. VII, 2ª ed., Lerner, Córdoba, 1974, p. 77.

⁵⁹ "Y sólo parece ser una forma de salvar los problemas que tenía el causalismo en construir un concepto de dolo adecuado al principio de legalidad" (DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 168). Por su parte, señala D'Alessio que tanto los que sostienen que el art. 248 requiere de malicia como los que no aceptan dicha tesis concuerdan en que este delito solo puede ser cometido con dolo directo, "lo cual en la práctica conduce a que la diferencia entre una y otra posición sea irrelevante, pues el aspecto cognoscitivo en ambos casos deberá ser idéntico" (*Código Penal comentado y anotado. Parte especial*, cit., p. 797).

del dolo eventual del alcance típico del art. 248 del Código Penal argentino sólo sería sostenible si dicho precepto incluyera una referencia subjetiva al respecto, como lo hace el delito de prevaricación español al requerir que la resolución injusta se dicte “a sabiendas”⁶⁰.

En efecto, el delito de prevaricación administrativa vigente en España requiere, además de que la resolución dictada sea manifiestamente ilegal (“arbitraria”), que la autoridad o funcionario público que la emite actúe “a sabiendas de su injusticia”, expresión que la Jurisprudencia ha identificado con la constatación de una radical “arbitrariedad” no ya en la resolución, sino en la propia decisión del autor, que “actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración”⁶¹. En este sentido, muchos pronunciamientos judiciales entienden que los términos “injusticia” y “arbitrariedad” tienen un significado equivalente, “pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de su injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución”⁶². La referida expresión, en definitiva, hace referencia al dolo del sujeto, que en este caso consistirá en la voluntad de realizar el tipo con conocimiento de la “injusticia” de la resolución (esto es, de su carácter abiertamente ilegal-arbitrario), lo que parece que debe interpretarse, también en el caso español, como la imposibilidad de estimar supuestos de dolo eventual en la prevaricación administrativa. Así lo entiende la Jurisprudencia mayoritaria, en la medida en que exige una “intención deliberada” de realizar el hecho con plena conciencia de la ilegalidad e injusticia de la resolución.

Por lo demás, no resultará necesario que el sujeto persiga con su actuación la consecución de finalidades personales o

⁶⁰ MOLINAS, Fernando Horacio, “El dolo y el daño en el delito de abuso de autoridad”, *Doctrina Penal*, año 11, 1988-43, p. 519.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo 340/2012, de 30 de abril.

⁶² En este sentido, por todas, véase la Sentencia del Tribunal Supremo 49/2010, de 4 de febrero.

espurias (es más, el autor podrá realizar el hecho persiguiendo móviles públicos –por ejemplo si actúa con exceso de celo en un determinado asunto, exceso que le lleva a resolver con arbitrariedad), pues ni el art. 248 argentino ni el art. 404 español exigen la constatación de ninguna intencionalidad distinta a la de actuar con conocimiento de la injusticia de la resolución dictada. La apreciación del aspecto subjetivo del delito vendrá condicionada en cada caso concreto por las características del sujeto activo, pues no puede valorarse de igual modo el hecho cometido por quien (atendiendo a su profesión, cargo o cualquier otra circunstancia) posee un alto grado de conocimientos jurídicos, que el hecho realizado por una persona lega que carezca por completo de dichos conocimientos⁶³.

5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Tanto en el caso de la prevaricación administrativa (art. 404 del Código Penal español) como en el del abuso genérico de funcionario (art. 248 del Código Penal argentino) debe entenderse restringido el círculo de posibles autores a aquellos

⁶³ Esa es la razón por la que en España se ha excluido la responsabilidad penal, por ejemplo, de un Alcalde que carecía de formación jurídica por ser electricista de profesión (Sentencia del Tribunal Supremo 1031/02, de 30 de mayo), o de un Concejal que ordenó el derribo de un muro creyendo que estaba autorizado por el Pleno del Ayuntamiento para hacerlo (Sentencia del Tribunal Supremo 76/2002, de 25 de enero). En este sentido, un sector de la Doctrina española mantiene que el desconocimiento de la arbitrariedad de la resolución prevaricadora, valorada como un elemento normativo jurídico, excluye totalmente el dolo del juez tanto si es vencible como invencible (conforme a las reglas del error de tipo, y dada la supresión de la modalidad imprudente), de modo que el sistema vigente sólo permitiría dos alternativas: o el funcionario o autoridad sabía o conocía la ilegalidad, procediendo entonces apreciar dolo directo, o no, y entonces sus conductas serán atípicas –cfr. VIRTO LARRUSCAIN, María José, “El delito de prevaricación del funcionario público”, en Asúa Batarrita, Adela, *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, pp. 119 y ss.; VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, Fernando, *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*, Instituto de Administración Pública/Universidad de Santiago, 2003, pp. 125 y ss.–.

sujetos que, además de poder ser considerados penalmente como funcionarios, estén facultados para dictar resoluciones administrativas, aunque sea por delegación, en el sentido de poder emitir actos administrativos u otras resoluciones que afecten a los administrados, pues sólo ellos tienen la capacidad de realizar el hecho típico⁶⁴, ya sea de forma individual (órganos unipersonales) o conjunta (órganos colegiados), en este último supuesto con independencia de que lo presidan o simplemente formen parte de él, siempre y cuando sus voluntades hayan confluído en la formación de la resolución injusta o arbitraria. También podría admitirse en ambos casos la “coautoría sucesiva”, si un funcionario participa en el proceso dirigido a la adopción de una resolución injusta que ha tenido una intervención administrativa previa de otro funcionario, no decisoria pero sí decisiva⁶⁵.

Conforme a su naturaleza de delitos especiales propios, no cabe la autoría mediata del *extraneus* (particular) sobre el *intraneus* (funcionario que resuelve), debiendo en estos supuestos acudir a la inducción para castigar, en su caso, el comportamiento del particular que, por ejemplo, persuade al funcionario competente para que dicte una resolución arbitraria⁶⁶. Sí puede en cambio aceptarse la autoría mediata de funcionario sobre funcionario, siempre y cuando ambos tengan una vinculación directa con la función pública abusivamente empleada⁶⁷.

6. ITER CRIMINIS

Tanto el abuso genérico de funcionario como la prevaricación administrativa son delitos de lesión que se consuman

⁶⁴ En sentido similar, DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 168.

⁶⁵ Un supuesto de esta clase se analiza en la Sentencia del Tribunal Supremo español 1493/99, de 21 de diciembre.

⁶⁶ En sentido parecido, D'ALESSIO, *Código Penal comentado y anotado. Parte especial*, cit., p. 795.

⁶⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, “El delito de prevaricación de funcionario”, cit., pp. 221 y ss.

con la mera adopción de la resolución arbitraria, sin que sea preciso constatar la ulterior producción de daños concretos ni para la causa pública ni para los ciudadanos. Conforme a lo anterior, la Doctrina mayoritaria en España y en Argentina los consideran delitos de mera o simple actividad, en los que no cabe apreciar la tentativa, pues, en el caso del art. 404 del Código Penal español, “la emisión de la resolución consuma el delito, y la no emisión elimina uno de los requisitos del mismo, la existencia de resolución”⁶⁸; y en el caso de la primera modalidad comisiva del art. 248 del Código Penal de la Nación Argentina, si se trata del dictado de resoluciones, “está claro que la consumación se dará cuando ella se dicte, esto es, cuando aquella se integre como acto administrativo o jurisdiccional válido, independientemente de que haya producido sus efectos afectando a terceros, o que alcance estado de firmeza”, mientras que si se trata de dictar órdenes, “el delito se consumará cuando la orden sea impartida, mediante los procedimientos correspondientes, para que deba ser cumplida por su destinatario, no siendo necesario que aquella sea efectivamente acatada”⁶⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública. Comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1981.
- D’ALESSIO, Andrés José (dir.), *Código Penal comentado y anotado. Parte especial*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- DELGADO GIL, Andrés, “Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración pública”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXII, 2009.

⁶⁸ RODRÍGUEZ LÓPEZ - SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la Administración pública*, cit., pp. 125 y ss.

⁶⁹ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 170.

- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*, t. III, 4ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, "La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 1997-11.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2004.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, "¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?", *Revista Penal*, 2006-8.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: La prevaricación", *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. XXX, 1996.
- *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
 - "El delito de prevaricación de funcionario", en Asúa Batarrita, Adela (coord.), *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1998.
- HAVA GARCÍA, Esther, "Prevaricación de los funcionarios", en Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Closas-Orcoyen, Madrid, 1996.
- MOLINAS, Fernando Horacio, "El dolo y el daño en el delito de abuso de autoridad", *Doctrina Penal*, año 11, 1988-43.
- MORALES PRATS, Fermín - RODRÍGUEZ PUERTA, María José, "Artículo 404", en Quintero Olivares, Gonzalo, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 10ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2016.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, t. VII, 2ª ed., Lerner, Córdoba, 1974.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980.

- “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos”, LL 1996-5.
 - “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995”, en Muñoz Conde, Francisco, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1997.
- REBOLLO VARGAS, Rafael, “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 Arroyo Zapatero, Luis Alberto - Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam LH-Barbero Santos (2001)*, vol. II, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, 2001.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro - SOBRINO MARTÍNEZ, Ana, *Delitos contra la Administración pública*, Bosch, Barcelona, 2008.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, t. V, TEA, Buenos Aires, 1988.
- URRA, Matías, “La omisión impropia no escrita en el Derecho penal argentino. Problemática. Inconstitucionalidad vs. Constitucionalidad”, *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, vol. 2, 2012-1.
- VAZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, Fernando, *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*, Instituto de Administración Pública/Universidad de Santiago, 2003.
- VIRTO LARRUSCAIN, María José, “El delito de prevaricación del funcionario público”, en Asúa Batarrita, Adela, *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

NEGOCIACIONES Y ACTIVIDADES PROHIBIDAS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

RICARDO A. BASILICO

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS “DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Es necesario comenzar diciendo que en los delitos contra la Administración Pública el objeto de protección jurídica lo constituye el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en su vertiente objetiva de función pública o servicio público, en su aspecto más bien externo, de la relación Administración-ciudadano, aunque en algunos delitos (delito de nombramientos ilegales y desobediencia funcional) se protege de un modo directo e inmediato el aspecto interno (de organización o de relación Administración-funcionarios), aunque sin dejar de proteger siquiera sea indirectamente el aspecto externo antes referido¹.

En el Código se invierte el orden de valores, partiendo de que la función pública está al servicio de la ciudadanía (los intereses generales) y sometida al principio de legalidad; aquello que no trascienda los intereses perseguidos (vida interna de la Administración) difícilmente podrá tener cabida en el Código penal, de acuerdo con el principio de *ultima ratio*.

Las negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos se encuentran bajo la rúbrica de los “Delitos contra

¹ MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, José M^a. Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 19.

la Administración Pública”, correspondiente al Título XIX del Libro II del Código Penal español de 1995.

En dicho Título, atinente a los tipos penales denominados negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de sus funciones, todos los delitos tienen como denominador común el abuso de poder o de la función pública con una finalidad directa o indirecta, con el objetivo de obtener un beneficio que puede ser económico o de otro tipo. Es decir, se usa la función pública para fines privados. Aunque sólo se hace referencia en el Capítulo a funcionarios, en los tipos que se amalgaman en el mismo se comprende también a las autoridades.

Tal como expresa Polaino Navarrete, las negociaciones y actividades prohibidas son expresiones legislativas en exceso amplias y generalizadoras. Los abusos –conforme expresa el catedrático español– encubren una pluralidad de manifestaciones típica de prevalimiento del poder público². Así, en este sentido, Vizueta Fernández considera que las figuras contenidas bajo esta rúbrica presentan como “denominador común el abuso del cargo, la instrumentalización del ejercicio de la función pública con la finalidad de obtener un beneficio económico (arts. 439, 441–aunque, como veremos, no en todos los supuestos que contiene– y 442) o de carácter sexual (art. 443), salvo la contenida en el art. 440 CP, en la que también se abusa de una posición, pero esta no siempre es de carácter público”³.

El Título XIX, más allá de ser amplio, no culmina al agotar los delitos propios de los funcionarios públicos. Conforme lo

² Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel (dir.), *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, t. II, Tecnos, Madrid, 2011, p. 357. Así, considera que la diversidad de los bienes jurídicos es manifiesta en las figuras legales que, además de incidir en los deberes de correcto ejercicio de la función, afectan bienes tangibles y apreciables en la cosa pública o en particular. La delimitación de los bienes jurídicos lesionados por el comportamiento típico ha de derivarse de la descripción positiva de los delitos.

³ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Tutela Penal de las Administraciones Públicas* (Lacruz López, Juan/Melendo Pardos, Mariano dirs.), 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2015, p. 307.

expresa Polaino Navarrete, no pocos de los más graves delitos son dejados fuera del presente Título. Además, expresa también y en el mismo sentido que “el presente Título de los ‘Delitos contra la Administración Pública’ resulta incompleto e imperfecto, y además manifiestamente asistemático y carente de respeto a las exigencias de proporcionalidad punitiva.

”Numerosos comportamientos de los funcionarios públicos que el Código ha estimado preciso tipificar, han sido dejados extramuros del ámbito incriminador del Título XIX, dedicado a los delitos contra la Administración Pública”⁴.

Preliminarmente, he de limitar el presente trabajo a las figuras descritas en los arts. 439 y 440 del CP comprensivas del tipo básico, incluyendo el art. 441 del mismo cuerpo legal, en virtud de tratarse específicamente en el tipo una acción de ejercicio de actividad profesional incompatible con la función pública, aunque se hará una breve referencia a la restante normativa.

En este sentido, Lorenzo Morillas Cueva entiende que la base diferenciadora de estos tipos penales descansa sobre el deber de abstención del funcionario en determinadas circunstancias. Al tratarse de un incumplimiento de gran magnitud, el funcionario no necesita que exista una lesión efectiva en el correspondiente funcionamiento de la Administración Pública; que exista la pretensión de lograr un beneficio que sea injusto; que se alcance el beneficio personal o económico que busca; y que, incluso, se persiga la adopción de un acto ilegal⁵.

El tipo descrito en el art. 442 del CP, si bien resulta una “actividad prohibida”, no ingresa a nuestro criterio dentro de lo que puede entenderse como “negociación prohibida o incompatible con la función pública”, encontrándose, salvo algunos tópicos contenidos en el tipo, relacionado con el art. 417 CP que hace referencia a la revelación de secretos.

⁴ POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, cit., t. II, p. 268.

⁵ MORILLAS CUEVA, *Sistema de Derecho Penal: parte especial*. Capítulo 55: Delitos contra la Administración Pública (IX) Negociaciones y Actividades Prohibidas a los Funcionarios Públicos y Abusos en el ejercicio de su función. Disposición Común, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 1189-1197.

Así, Polaino Navarrete lo incluye adecuadamente dentro de los denominados "abusos en el ejercicio de la función". De esta manera, la figura queda estructurada en tipos delictivos (básico, privilegiado y cualificado), ello en función, o no, del beneficio económico en la cantidad pretendida o aspirada por el titular de la función pública que lleva a cabo el uso de secreto o información privilegiada, así como la entidad del daño causado⁶.

La reforma operada en 1995, si bien intentó completar y organizar de una manera más acabada los tipos penales, tampoco se caracteriza por aportar una buena tipificación considerando los aspectos técnico, axiológico y punitivo.

En el Derecho comparado, más precisamente en los Códigos Penales europeos, en la mayoría de los casos no se toma la figura típica de manera autónoma, a diferencia de algunos de los Códigos sustantivos latinoamericanos, como el argentino, donde su tratamiento es autónomo –art. 265 CP– dentro de los delitos contra la Administración Pública.

Resulta común a la generalidad de delitos contra la Administración Pública la cuestión de la doble sanción –penal y administrativa– que puede recaer sobre un mismo hecho realizado por el agente.

Señala Orts Berenguer que la comisión de alguno de estos delitos contra la Administración Pública por parte de sus funcionarios, importa para los mismos la posible imposición de una pena y una sanción administrativa, habiendo posibilidades con ello de vulnerar el principio constitucional del *ne bis in idem*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en diferentes resoluciones, ha declarado la compatibilidad de ambas sanciones cuando la conducta del funcionario, además de constituir un delito, afecte el servicio público que presta. Ha establecido también dicho Tribunal la prioridad de los Tribunales de Justicia sobre la Administración, manifestando que esta no puede actuar mientras no lo hagan aquellos, ni apartarse de sus planteamientos fácticos (STC 2/1981, 781/1985)⁷.

⁶ POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, cit., t. II, p. 362.

⁷ ORTS BERENGUER, Enrique, *Derecho penal (Parte especial)*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 376.

Considero acertada la opinión de Orts Berenguer en cuanto a que la compatibilidad de las sanciones puede aceptarse, en tanto y en cuanto ambas sanciones se originen en causas distintas, por responder a "diferentes desvalores, a lesiones de bienes jurídicos no coincidentes y no sólo por la finalidad diversa de una y otra"⁸.

Destaca un sector de la doctrina que el Capítulo IX en análisis tiene carácter residual, por lo cual no resulta posible encontrar un objeto de protección común a las diversas figuras delictivas⁹.

Así, se ha estimado que dicho Capítulo es "un auténtico cajón de sastre en el que a través de un hilo conductor que esencialmente se identifica con el concepto más o menos global de la imparcialidad de la actuación administrativa, se acumulan tipos penales que no sólo tienen poco que ver entre sí, en cuanto a la mecánica comisiva o a los bienes jurídicos que con mayor o menor grado de pluriofensividad concurren con aquel, sino que en buena medida presentan una naturaleza "residual", en cuanto suponen instrumentos de "cierre" para cubrir posibles grietas de impunidad para conductas de aprovechamiento y abuso de la condición de autoridad o funcionario próximas sobre todo al cohecho, la prevaricación y el tráfico de influencias, pero de difícil integración en muchos casos en las descripciones típicas de tales delitos"¹⁰.

Según Polaino Navarrete, se aprecia, en rigor, una diversidad de bienes jurídicos en las figuras típicas analizadas en el presente Capítulo IX, ya que más allá de ser afectados deberes que hacen al correcto ejercicio de la Administración Pública, se incide en bienes tangibles que resultan apreciables en la propia cosa pública o en particular¹¹.

⁸ Ídem, pp. 736 y ss.

⁹ FELJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comentarios al Código Penal* (dir.: Gonzalo Rodríguez Mourullo), Civitas, Madrid, 1999, p. 1166.

¹⁰ CRESPO BARQUERO, Pedro, *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, coord. Ignacio Serrano Butragueño, Granada 1998, p. 1741.

¹¹ POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, cit., t. II, p. 432. Considera el Profesor Polaino Navarrete que el articulado del Código, en cuanto se refiere

Conforme lo expresa Crespo Barquero, el legislador "está tratando de atajar la impunidad de ciertos supuestos "fronterizos" de aprovechamiento económico del cargo con ocasión de la intervención del funcionario en la relación Administración-particulares, sin que sea difícil vislumbrar, tras una redacción tortuosa y una técnica generadora de justificadas reticencias, el propósito de poner coto a la corrupción en unas de sus manifestaciones tópicas en el tiempo de gestación del presente Código, cual es la percepción de comisiones a cambio del favorecimiento en determinadas posiciones negociables en dichas relaciones entre la Administración y quienes contratan con ella ¹².

Puede decirse entonces que la configuración legal de las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos tiene un arreglo similar al utilizado para los fraudes funcionariales, con la diferencia de que, en las conductas ahora desmenuzadas, se desvalora una actividad de contratación en la que prevalece el cargo y se dirige hacia el enriquecimiento ilícito del funcionario, que puede ser conseguido de manera coactiva o simplemente derivada del abuso de su cargo, sin que sea necesario que concurren las maniobras fraudulentas ¹³.

Por último, cabe destacar que los tipos elegidos contienen la incriminación de acciones de funcionarios o autoridades que no han sido consideradas disvaliosas en otras tipologías funcionariales, incorporando la punición de comportamientos realizados por particulares a quienes se les encomienda,

a los delitos contra la Administración Pública, "abunda en el empleo de la deficiente técnica legislativa de configuración de una multiplicidad de rúbricas e incriminaciones de delitos especiales de los funcionarios públicos, que resultan ser parciales, fragmentarias y complementadoras entre sí" (p. 269).

¹² CRESPO BARQUERO, ob. cit., p. 1741.

¹³ POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, cit., t. II, p. 433. En el mismo sentido, Luzón Pena, en cuanto no exige la figura "la defraudación, ni el engaño, maquinación, artificio, ni tampoco perjuicio o lesión patrimonial", en "Actuaciones en interés propio en los fraudes de los funcionarios del artículo 401 del Código Penal", en *La Ley*, nº 4, Madrid, 1989, p. 417.

a través de la ley, la administración de bienes que no les son propios, afectándose la Administración Pública aun de manera indirecta.

En los arts. 439 y 441 el bien jurídico que se protege es la imparcialidad de las resoluciones de la Administración Pública. Los ciudadanos tienen interés en que los actos de quienes trabajan en la función pública no se mezclen con los propios y esto pueda restringir las medidas adoptadas. Así, considera Vizuela Fernández y en referencia al art. 439 CP que “con esta modalidad delictiva se pretende evitar una instrumentalización de la función pública para la obtención de beneficios personales, la mezcla y confusión de los intereses públicos con los intereses privados. Se trata de evitar, más concretamente, la participación personal e interesada de la autoridad o funcionario público en asuntos u operaciones en los que deba intervenir por razón de su cargo. La doctrina identifica mayoritariamente el bien jurídico protegido por este delito con el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública (Feijoo, Cugat Mauri)¹⁴.

Conforme expresa Queralt Jiménez, al referirse a los arts. 439 a 441, estos contienen infracciones específicas de deberes contenidos en el estatuto de la función pública y en las leyes de incompatibilidades. La esencia de la infracción viene dada por el quebranto del deber de imparcialidad que incumbe a todos los funcionarios para poder servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE). Como suele ser frecuente, estas infracciones son pluriofensivas; se considera, con todo, que su agrupación sistemática en torno al título propuesto (más amplio que el tradicional de negociaciones prohibidas a los con esta o aquella finalidad, con este o aquel resultado, el deber de imparcialidad; más aún, el de parecer imparcial y no tomar interés en los asuntos que le afectan profesionalmente)¹⁵.

En el art. 442, que se refiere al uso indebido de secretos o información privilegiada, lo que se intenta proteger es la

¹⁴ VIZUETA FERNANDEZ, ob. cit., p. 308.

¹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español*, 6ª ed. actualizada, Atelier, Barcelona, 2010, p. 1181.

igualdad de oportunidades de aquellos ciudadanos que no pueden acceder a dicha información.

En cambio, el art. 443, que regula una especial forma de abusos en el ejercicio de las funciones públicas, relacionada con la solicitud sexual, protege no sólo la imparcialidad de las resoluciones de la Administración y el principio de igualdad, sino también la libertad sexual y la formación de voluntad para realizarse en su esfera sexual, de manera libre y espontánea, de la víctima.

La cláusula concursal del art. 444 del Código penal español se refiere sólo a los delitos contra la libertad sexual, pero –según expone Núñez Fernández– esta mención al bien jurídico debe interpretarse extensivamente para abarcar las infracciones contra la indemnidad sexual, de la que resultan titulares, entre otras personas, los menores (niñas, niños y adolescentes) que pueden también ser pasivos de sollicitación, más allá de la previsión expresa que en este sentido trae el art. 443.2 del Código Penal¹⁶.

Este tipo penal quedará fuera del análisis de este trabajo, puesto que, dentro de la normativa argentina, no se encuentra un tipo similar.

Los arts. 439 y 440 de la legislación española tienen como antecedente el proyecto de 1994 y el Código Penal de 1995; estos se encontraban enmarcados en los arts. 417 y 418 del mismo. Previamente a este proyecto, el Código Penal lo preveía en el art. 401.1 y 2.

La jurisprudencia y la doctrina entendían que en el párrafo primero lo que se consideraba como conducta disvaliosa era un accionar diferente de los previstos en el capítulo de fraude, pues no se requería la efectiva defraudación, un perjuicio o lesión patrimonial. Este era un delito de mera actividad o conducta en el que no cabía la tentativa, pues sólo era

¹⁶ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “Solicitud sexual (arts. 443 y 444 CP)”, en Álvarez García, Francisco Javier, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial*, III, *Delitos contra las Administraciones Públicas de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

necesario que comenzara a interesarse para que se empezara a consumir¹⁷.

2. FIGURA TÍPICA EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: ART. 439 DEL CP

La figura delictiva de negociaciones y actividades prohibidas se encuentra ubicada en el Código penal español dentro del capítulo que prevé los fraudes ilegales, correspondiente al Título XIX del Libro II.

El art. 439 del Código Penal español expresa: "La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años".

El antecedente inmediato de esta figura lo representa el art. 401 del Código Penal de 1973, que resultaba, a los fines dogmáticos y políticos criminales, más claro que el actual conforme se encuentra redactado.

En aquel articulado se penaba al funcionario público que se interesaba en "cualquier tipo de contrato u operación en la que debía intervenir en razón de su cargo", reprimiéndose la conducta con pena de inhabilitación especial y multa del tanto al triple "el interés que hubiere tomado en el negocio".

También se relaciona con el presente art. 439 el antiguo art. 198, que penaba la conducta del funcionario público que prevaliéndose de su cargo "ejerciere alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales o interviniera directa o indirectamente en empresas o asociaciones privadas con móvil de lucro".

¹⁷ MIR PUIG, ob. cit., pp. 356 y ss.

Las negociaciones incompatibles conforman un tipo especial en el que un interés ilícito puede producirse directamente, por un tercero o mediante un acto simulado. Esta figura está redactada con cierta generalidad, ya que no se hace alusión alguna al tipo de contrato u operación que el funcionario realiza.

Asimismo –cabe hacerse la observación–, la conducta de este tipo penal puede prestarse a confusión con el delito de colusión defraudatoria, pues suele entenderse a las negociaciones incompatibles como una tentativa que ha quedado trunca. Pero no debe concebirse de esta manera, ya que esta última requiere *acordar* con los interesados, mientras que en el delito de negociaciones no es necesario este elemento objetivo.

La acción típica consiste, en síntesis –conforme lo expresa Vizuela Fernández– en forzar o facilitarse cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en un contrato, asunto, operación o actividad, aprovechándose el sujeto activo de su intervención en él o ella por razón de su cargo¹⁸.

2.1. *Bien jurídico protegido*

Respecto a la figura conminada en los arts. 439 y 440 del Código Penal, dentro del Capítulo IX, bajo el título que se dedica al tratamiento de los delitos contra la Administración Pública y lleva como denominación “De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función”, Polaino Navarrete efectúa una razonada crítica, en relación a que en dicha rúbrica se advierte una “indeterminación normativa sobre la materia objeto de regulación”¹⁹.

En este sentido opina que los términos “negociaciones” y “actividades prohibidas” resultan amplios y generales, y no demuestran el carácter delictivo de las mismas²⁰. En su

¹⁸ VIZUETA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 308.

¹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, en *Curso de Derecho penal español, Parte especial II*, dirigida por el Profesor Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 431.

²⁰ Ídem, p. 432.

opinión, efectivamente, “la diversidad de bienes jurídicos se manifiesta en las distintas figuras legales que, además de incidir en los deberes de correcto ejercicio de la Administración, afectan bienes tangibles específicamente apreciables en la propia cosa pública o en particulares”²¹.

Orts Berenguer es de la opinión de que, al tratarse la figura de negociaciones prohibidas, el bien jurídico protegido “puede cifrarse en un conglomerado de valores, entre los que predomina la objetividad con que la Administración ha de servir los intereses generales”²². Por ello, cuando un funcionario aprovecha su rango para beneficiarse personalmente con un acto que estaba previsto beneficiara a la Administración, estamos frente a la acción típica pero también puede ocurrir que su accionar no sea imparcial, o bien actúe de una forma que no es la prevista para su función.

Por su parte, Gimeno Lahoz y Corbella Herreros consideran que los arts. 439 y 440 del Código español, en lo que hace a su bien jurídico, es un “puzzle de valores, entre los que se destaca la objetividad como atributo de la Administración”. Desde ya se entiende que cuando se refiere a la Administración es la pública²³.

Conforme expresan Córdoba Roda y García Arán, el bien jurídico protegido resulta ser la imparcialidad de las autoridades y funcionarios públicos²⁴.

²¹ *Ibidem*.

²² ORTS BERENGUER, Enrique, en *Derecho penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., revisada y actualizada, Valencia, 1999, p. 775. A nuestro criterio, acertadamente expresa Orts Berenguer: “Cuando una autoridad o un funcionario se aprovecha de su posición para beneficiarse en un asunto en el que ha de intervenir por razón de su cargo, ni actúa con la imparcialidad debida, ni lo hace con la finalidad exclusiva de servir al interés general (cfr. SSTs del 28 de setiembre 1992, 14 de mayo de 1994, 28 de setiembre de 1995, en las que se resalta la integridad, la rectitud, la misma moralidad de la actuación del funcionario, como razón del delito)”.

²³ GIMENO DE LAHOZ, Ramón - CORBELLA HERREROS, Teresa, en *Ganzenmülle - Escudero - Frigola* (coords.), Bosch, Barcelona, 1998, p. 124.

²⁴ CÓRDOBA RODA, Juan - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios al Código penal*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 2103 y s.

Las negociaciones incompatibles conforman un tipo especial en el que un interés ilícito puede producirse directamente, por un tercero o mediante un acto simulado. Esta figura está redactada con cierta generalidad, ya que no se hace alusión alguna al tipo de contrato u operación que el funcionario realiza.

Asimismo –cabe hacerse la observación–, la conducta de este tipo penal puede prestarse a confusión con el delito de colusión defraudatoria, pues suele entenderse a las negociaciones incompatibles como una tentativa que ha quedado trunca. Pero no debe concebirse de esta manera, ya que esta última requiere *acordar* con los interesados, mientras que en el delito de negociaciones no es necesario este elemento objetivo.

La acción típica consiste, en síntesis –conforme lo expresa Vizuela Fernández– en forzar o facilitarse cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en un contrato, asunto, operación o actividad, aprovechándose el sujeto activo de su intervención en él o ella por razón de su cargo¹⁸.

2.1. *Bien jurídico protegido*

Respecto a la figura conminada en los arts. 439 y 440 del Código Penal, dentro del Capítulo IX, bajo el título que se dedica al tratamiento de los delitos contra la Administración Pública y lleva como denominación “De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función”, Polaino Navarrete efectúa una razonada crítica, en relación a que en dicha rúbrica se advierte una “indeterminación normativa sobre la materia objeto de regulación”¹⁹.

En este sentido opina que los términos “negociaciones” y “actividades prohibidas” resultan amplios y generales, y no demuestran el carácter delictivo de las mismas²⁰. En su

¹⁸ VIZUETA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 308.

¹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, en *Curso de Derecho penal español, Parte especial II*, dirigida por el Profesor Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 431.

²⁰ Ídem, p. 432.

opinión, efectivamente, “la diversidad de bienes jurídicos se manifiesta en las distintas figuras legales que, además de incidir en los deberes de correcto ejercicio de la Administración, afectan bienes tangibles específicamente apreciables en la propia cosa pública o en particulares”²¹.

Orts Berenguer es de la opinión de que, al tratarse la figura de negociaciones prohibidas, el bien jurídico protegido “puede cifrarse en un conglomerado de valores, entre los que predomina la objetividad con que la Administración ha de servir los intereses generales”²². Por ello, cuando un funcionario aprovecha su rango para beneficiarse personalmente con un acto que estaba previsto beneficiara a la Administración, estamos frente a la acción típica pero también puede ocurrir que su accionar no sea imparcial, o bien actúe de una forma que no es la prevista para su función.

Por su parte, Gimeno Lahoz y Corbella Herreros consideran que los arts. 439 y 440 del Código español, en lo que hace a su bien jurídico, es un “puzzle de valores, entre los que se destaca la objetividad como atributo de la Administración”. Desde ya se entiende que cuando se refiere a la Administración es la pública²³.

Conforme expresan Córdoba Roda y García Arán, el bien jurídico protegido resulta ser la imparcialidad de las autoridades y funcionarios públicos²⁴.

²¹ Ibidem.

²² ORTS BERENGUER, Enrique, en *Derecho penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., revisada y actualizada, Valencia, 1999, p. 775. A nuestro criterio, acertadamente expresa Orts Berenguer: “Cuando una autoridad o un funcionario se aprovecha de su posición para beneficiarse en un asunto en el que ha de intervenir por razón de su cargo, ni actúa con la imparcialidad debida, ni lo hace con la finalidad exclusiva de servir al interés general (cfr. SSTs del 28 de setiembre 1992, 14 de mayo de 1994, 28 de setiembre de 1995, en las que se resalta la integridad, la rectitud, la misma moralidad de la actuación del funcionario, como razón del delito)”.

²³ GIMENO DE LAHOZ, Ramón - CORBELLÀ HERREROS, Teresa, en *Ganzenmülle - Escudero - Frigola (coords.)*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 124.

²⁴ CÓRDOBA RODA, Juan - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios al Código penal*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 2103 y s.

Por otra parte, completa las opiniones doctrinales la tesis de Cugat Mauri, en cuanto, resultando indiscutida la protección que debe hacerse de la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, observa que “el problema de la legitimidad de la norma nace del hecho de que ya existen otras igualmente orientadas a la tutela de ese bien jurídico”. De allí que afirma sobre residualidad de esta figura delictiva²⁵.

En palabras de Mir Puig, preservan la integridad y rectitud del funcionario al resolver, garantizando así su imparcialidad frente a los ciudadanos en general y frente a quienes quieran contratar con el Estado. Es decir, la intención es proteger los intereses de los ciudadanos de aquellos funcionarios que busquen beneficios personales perjudicando los de la Administración²⁶.

Por su parte, Vizueta Fernández considera que el bien jurídico protegido— en el caso del art. 440—, respecto de esta modalidad delictiva, es “el patrimonio de terceros frente a determinados comportamientos realizados por peritos árbitros, contadores, partidores, tutores, curadores, albaceas o administradores concursales”²⁷.

Se puede afirmar pues que el bien jurídico protegido en el delito de las negociaciones incompatibles es la preservación de imparcialidad y objetividad de la Administración Pública por sobre los intereses privados que algún agente o funcionario pueda anteponer a esta.

Considero acertada la opinión de Delgado Gil en cuanto a que bienes jurídicos protegidos en el delito de “participación indebida del funcionario en negocios” son los principios constitucionales de “objetividad, imparcialidad e igualdad” que se ponen en peligro (los dos primeros) o se lesionan (el último) cuando el funcionario trata de lograr un beneficio de tipo

²⁵ CUGAT MAURI, Miriam, “Negociaciones prohibidas”, en Álvarez García, Francisco Javier, *Tratado de Derecho penal*, III, pp. 586 y ss.

²⁶ MIR PUIG, Santiago, “Nombramientos ilegales”, *NEJ Seix*, XVII, 1982, p. 332.

²⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, en obra dirigida por Lacruz López - Melendo Pardos, ob. cit., p. 311.

económico inmiscuyendo intereses privados en los públicos; y puede alcanzarse todavía alguna conclusión más: “se trata de evitar con la incriminación del art. 439 (1995) el, al menos, riesgo de un enriquecimiento ilícito por parte del funcionario: puesto que la participación del funcionario en los negocios o actuaciones, mezclando intereses privados donde sólo debiera existir un interés público, ha de interpretarse en sentido económico, se trata de evitar el enriquecimiento injusto que puede lograr el sujeto; en definitiva, se protege el patrimonio de terceros”²⁸.

2.2. Comportamiento típico

La conducta típica en el antiguo Código Penal español consistía en que el funcionario se interesare en una operación o contrato en el cual debiera intervenir por su función.

En el párrafo segundo de la antigua legislación criminal, se extendía la tipicidad a aquellas personas que, si bien no eran funcionarios públicos, tenían acceso a ciertas operaciones o negocios en los que podrían interesarse y esto implicaba un incorrecto desempeño de dicha función. De esta forma se protegían los patrimonios particulares y los posibles abusos que los peritos, tutores, albaceas u otros funcionarios similares pudieran realizar por acceder a cierta información.

En el art. 439 del Código Penal de 1995 era *sujeto activo* la autoridad o funcionario que deba informar por razón de su cargo en un contrato, asunto operación o actividad. Actualmente, con la reforma operada en el año 2010, en el art. 439 del Código sustantivo español se modificó la expresión “informar” por “intervenir”.

Esta acción de informar se podía interpretar de manera amplia o estricta. La interpretación amplia permitía considerar la cuestión como entender o dar noticia, mientras que en un sentido estricto suponía emitir un dictamen. Sin embargo, esta última interpretación acotaba mucho el margen de aplica-

²⁸ DELGADO GIL, Andrés, *Delitos cometidos por funcionarios públicos (Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 49.

ción del tipo, por lo que se condice más la inferencia amplia, ya que se está agrandando el círculo de posibles actores.

El sentido correcto para entender el objeto de la información es el de cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, para luego reducirlo a negocios o actuaciones. Estas actuaciones pueden ser de carácter económico o no (como los favores sexuales previstos en los artículos posteriores).

El eje de esta conducta es la acción de interesarse, y este interés puede ser directo o indirecto, por un acto simulado y en provecho propio o de terceros. Ello implica que la acción debe sobrepasar los límites que la función le otorga al sujeto activo, con miras a intereses particulares. Este interés a que se refería el Código Penal de 1995 –modificado en el año 2010 por el término “intervenir”– a su vez debía ser presente, ni futuro ni hipotético.

Respecto del mencionado artículo, hay dos vertientes sobre la génesis del mismo. Hay quienes sostienen que debe ser económico y quienes de una manera amplia consideran que puede ser cualquiera, sin ser exclusivamente económico –opinión que compartimos aun con la redacción del tipo en el derecho penal argentino–, necesitando que haya una incompatibilidad de la función. Aunque no todas las legislaciones coinciden con la interpretación amplia, así por ejemplo, tanto en el Derecho peruano como en el argentino, en donde mayoritariamente el interés debe ser de naturaleza estrictamente económica.

Ahora bien, tres son los elementos que deben hallarse dentro de la acción para ser considerada típica: el interés, el contrato u operación y el vínculo funcional del sujeto activo.

La forma de interesarse puede ser *directa*, ello ocurre cuando el sujeto activo manifiesta su intención de buscar el beneficio particular por sobre el interés de la Administración; dicha ostentación puede darse durante la propuesta, celebración, negociación o ejecución del contrato.

Asimismo, la afectación puede ser *indirecta*, caso que se da cuando un tercero, particular o funcionario participa de la negociación del contrato. Estos podrán ser cómplices o meros instrumentos para la realización del ilícito.

Por otra parte, la acción puede ser efectuada *mediante un acto simulado* cuando se negocia con alguna empresa que es

de propiedad del funcionario o agente, o bien con empresas que no existen.

El interés podrá ser *propio o para terceros*, lo cual amplía la gama de negociaciones que serán típicas. De lo contrario, algunas acciones quedarían impunes, porque el beneficio no es imputable al funcionario.

El objeto de la negociación será un *contrato u operación*. El primero podrá ser de cualquier naturaleza en que el Estado pueda intervenir (puede ser muy variada según la repartición). Mientras que las operaciones son aquellos actos que si bien no revisten la calidad de contratos, son realizados por los agentes o funcionarios en calidad de tales.

Por último, el elemento necesario es el *vínculo profesional*, que es el que supone que el funcionario actúa como tal legítimamente, pero negocia un contrato o realiza una operación anteponiendo el interés personal por sobre el de la Administración.

Este delito requiere que el accionar del funcionario sea incompatible con las funciones que debe cumplir y con los intereses que debe proteger en cumplimiento de su función.

En síntesis, esta conducta debe ser un aprovechamiento del cargo o función que el sujeto ostenta, lo que incluiría el dolo directo y posiblemente el eventual. Conforme a la legislación vigente, el tipo legal amplía la conducta de negociación prohibida del funcionario público al acto de "intervenir", pero —como bien expresa Polaino Navarrete— también la restringe sólo a este ámbito de la actuación pública, en relación con el total del ámbito de las contrataciones oficiales con cargo a fondos públicos²⁹.

²⁹ POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, cit., t. II, p. 434. La presente figura legal, ahora tipificada en el artículo 439 del Código Penal, tiene como antecedente delictivo el tipo penal que configuraba, con notoria mayor precisión, el artículo 401 del anterior Código Penal, al conminar la conducta del funcionario que se interesaba en operaciones en que debiera intervenir por razón de su cargo, valorándose la pena de multa del tanto al triple del interés que hubiera tomado en el negocio. El comportamiento conminado en el anterior Código integraba un delito de resultado, y no mera actividad, cuyo objeto material era constituido por el propio beneficio económico obtenido a través del *instrumentum scoeleris* de los

Así pues, y conforme se encuentra redactada la norma, no realiza la conducta típica aquella autoridad o funcionario que “no debe intervenir”³⁰. En este sentido, Orts Berenguer considera que la función de intervenir constituye el presupuesto ineludible para que la conducta típica pueda ser realizada³¹.

Así las cosas, el titular de la función que debe intervenir efectúa el núcleo de la conducta típica, cuando se “aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma

contratos u operaciones del carácter económico. (En este caso, con cita de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Actuaciones en interés propio en los fraudes de funcionarios del artículo 401 del Código Penal”, en *La Ley*, n° 4, Madrid, 1989, pp. 416 y ss.). El tipo de injusto no exigía ningún singular elemento subjetivo, bastando la concurrencia del dolo del autor referida a la práctica del comportamiento de enriquecimiento económico conseguido en operaciones en las que habría de intervenir por razón de su cargo (POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, cit., t. II, p. 434).

³⁰ En este sentido, CATALÁN SENDER, ob. cit., pp. 359-360, acertadamente considera que “no cualquier funcionario puede ser sujeto activo de este delito, sino sólo aquellos que tienen facultades de evacuación o emisión de informes y además les corresponde informar el acto o contrato en cuestión según la normativa vigente sobre el particular (o sea, por razón de su cargo), de suerte que si el funcionario o autoridad emite el informe pero no lo hace por razón de su cargo, sino por otra circunstancia no estaríamos ante este delito”. POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, cit., t. II, p. 434, considera claramente que “cualquier autoridad o funcionario que “no debiendo informar” sobre las indicadas operaciones (contrato, asunto, operación o actividad) intervenga en ellas, resuelva la celebración de contratos o subcontratos, establezca las prestaciones económicas correspondientes, aprueba las estipulaciones contractuales y las condiciones de su ejecución, participe en el efectivo cumplimiento de las mismas, y a través de estas o similares conductas cobre comisiones multimillonarias, no realizará el presente tipo de delito si no ha emitido informe ni ha tenido el deber de informar”.

³¹ ORTS BERENGUER, ob. cit., p. 776, considera en referencia al tópico analizado, y respecto del informe a emitir por el funcionario, que el mismo “debe versar sobre ‘cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad’, esto supone, básicamente, que el funcionario ha de perseguir la participación en una actuación de carácter económico, aunque no le reporte beneficio o las posibles ventajas de esa participación favorezcan a otra persona”.

de participación". La misma puede ser directa o por persona interpuesta, siempre en referencia a los negocios o actuaciones en que intervenga en razón de su cargo.

Dentro de la descripción típica de la conducta, existe como exigencia normativa lo que Polaino Navarrete denomina "índole finalista del prevalimiento de la cualidad de funcionario que ha de intervenir en una negociación", y esto es así puesto que el tipo dice que la conducta se desarrolla por el funcionario "para" forzar o facilitarse³².

En consonancia con ello, estaríamos frente al "uso indebido y desmedido de una situación privilegiada que le viene dada *ex lege* al funcionario o autoridad, de un uso abusivo de una función pública para hacer provecho"³³.

³² Cfr. POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, cit., t. II, p. 435, quien considera asimismo también que "si se concibiera en sentido objetivo el tipo legal, en los distintos elementos que lo integran, el mismo constituiría un supuesto de delito plurisubsistente, en que el titular de la función que por razón del cargo ha de informar sobre una negociación oficial, y prevaleciéndose de esta competencia específica, fuerza o se procura su propia participación en la actuación oficial, por sí mismo o mediante persona interpuesta. Esta interpretación no puede ciertamente soslayar el inicial absurdo indicado de que no debe ser considerado único sujeto activo posible el funcionario a quien incumbe el deber de informar, toda vez que debía haberse estimado como autor posible del delito todo titular de la función pública que interviniera con ánimo de lucro en la negociación oficial".

³³ CATALÁN SENDER, ob. cit., p. 363, quien asimismo considera que el aprovechamiento del que habla la figura "no implica necesariamente un chantaje (informe en determinado sentido condicionado a la participación), ni siquiera se refiere a la idea de acuerdo ilícito entre dos o más partes, toda vez que aunque puedan existir estas situaciones, el tipo penal no las exige (en cuyo caso podría surgir concurso de delitos). Basta con que debiendo informar el funcionario, se aproveche de tal circunstancia unilateralmente. Si el funcionario o autoridad no se aprovechan (de su capacidad informante para forzar o facilitarse cualquier forma de participación), sino que simple y llanamente la otra parte, unilateral y espontáneamente, les da un beneficio u otra participación, estaremos ante la figura del cohecho si no se cumplen los presupuestos de esta".

Lo emparentada que está la figura en análisis con otras del mismo Título resulta un dato elocuente. En virtud de que el aprovechamiento ha de ser con la *finalidad de forzar o facilitarse cualquier forma de participación...*, el término “para forzar” podría dar a entender que “deberá haber habido una cierta presión o imposición, sin que se llegue al delito de coacciones; mientras la expresión para facilitarse indicaría que se ha alcanzado el objetivo (la participación) sin ejercer ningún forzamiento...”³⁴.

Sustenta al respecto Polaino Navarrete la opinión, que nos parece ajustada, de que el núcleo de la acción típica, tal como lo dicta el principio de legalidad, es constituido por la conducta de “aprovecharse” de la calidad de funcionario que le confiere al titular de la función el deber de informar sobre negociaciones en las que intervenga en razón de su cargo “para” forzar o facilitarse la efectiva participación en las mismas. Considera también dicho autor, en un importante aporte atinente al tópico de la política criminal, al entender que “ante la proliferación de la criminalidad funcional de la participación económica en negociaciones oficiales y del cobro de comisiones ilegales, es obvio que la configuración del presente tipo penal de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos resulta ambiciosa y contraria a la intervención mínima, haciendo difícil la aplicación práctica de la norma penal a la criminalidad económica de la corrupción política, y dejando fuera del tipo las actuaciones de autoridades y funcionarios no obligados a informar sino ante quienes se han de rendir los informes oportunos”³⁵.

El “aprovecharse” que requiere la figura, conforme expresan Córdoba Roda y García Arán, comporta el requisito de que el funcionario persiga una ventaja o beneficio, por lo que de no ser esta la finalidad, no habrá cumplido el presente tipo³⁶.

³⁴ CATALÁN SENDER, ob. cit., p. 364. La segunda modalidad a que se hace referencia podría estar emparentada con la figura del cohecho.

³⁵ POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 436.

³⁶ CÓRDOBA RODA, Juan - GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código penal*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2104.

Cuando el tipo penal hace referencia a “cualquier tipo de participación”, ya sea la misma *directa* o *por persona interpuesta* (interpósita persona), considera que dicha participación puede ser directa o indirecta. El anterior art. 404 CP contenía la fórmula “directa o indirectamente”, conforme la doctrina, para evitar la burla del precepto mediante la interposición de otra persona (interpósita) física o jurídica en la gestión de negocios³⁷.

Las expresiones *negocios* o *actuaciones* congloban conceptos como contrato, asunto, operación o actividad, y se refiere a aquellos negocios o actuaciones sobre los cuales el funcionario o autoridad debe informar en su condición de tal, no requiriéndose que el funcionario forme parte o integre el negocio (se convierta en socio), sino que el funcionario realizará acción típica al tener participación de la manera en que lo expresa el tipo para que se configure la conducta normada.

La participación del funcionario público debe ser en los negocios o actuaciones que deba informar en virtud de su cargo y no en otros contratos, operaciones o asuntos, lo cual, conforme a la doctrina, dicha técnica legislativa no deviene razonable ni adecuada³⁸. Así, y en referencia a la participación, se ha dicho que la misma ha de derivarse del aprovechamiento de la circunstancia de que el funcionario debe intervenir en ese acto o contrato concreto, o sea, que el funcionario ha de usar de su especial posición en la estructura administrativa efectos de poder conseguir su propósito de beneficio. Ello significa, en síntesis, el ejercicio de las facultades generales³⁹.

³⁷ MIR PUIG, Santiago, *Negociaciones prohibidas a los funcionarios*, Francisco Seix, Barcelona, 1982, p. 204.

³⁸ CATALÁN SENDER, ob. cit., p. 365, observa que puede que el legislador haya querido que, en caso de la ventaja en otros negocios estemos ante las figuras delictivas del cohecho o tráfico de influencias”. POLAINO NAVARRETE, ob. cit., pp. 434 y ss.

³⁹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coord.) - JUDEL PRIETO, Ángel - PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, *Manual de Derecho penal*, t. II, Thomson-Cívitas, Navarra, 2005, pp. 554 y ss.

Vizueta Fernández considera que la “participación en el negocio o actuación que el funcionario público fuerza o se facilita puede ser directa o por persona interpuesta”⁴⁰. Con las expresiones señaladas se indica el procedimiento por intermedio del cual se lleva a cabo la participación.

Más allá de la dificultosa redacción que se formula en el tipo penal (art. 439 CP), nos encontramos frente a un delito de mera actividad, puesto que la conducta típica consiste en emitir el informe por parte del funcionario, quien debe hacerlo en razón de su cargo para forzar o facilitarse la participación en el negocio o acto; por lo cual se podría decir que se trata de un delito formal [Crespo Barquero], y la acción típica entonces se encontraría consumada con la emisión del informe⁴¹.

Por lo tanto, la figura no exige la obtención de un beneficio, aunque pueda ser esa la finalidad que se persiga⁴². Ello es así puesto que cuando la figura habla de aprovecharse, lo hace en el sentido de estar en presencia de un abuso o prevalimiento del cargo por parte del funcionario y no exclusivamente de la persecución de un fin de lucro, lo que no excluye que pueda suceder.

⁴⁰ VIZUETA FERNANDEZ, ob. cit., p. 309.

⁴¹ CRESPO BARQUERO, ob. cit., p. 1743, considera que “la ‘participación’, constituye tan sólo un elemento finalístico subjetivo del tipo, con lo que se excluyen las formas imperfectas de ejecución, salvo quizás en algún remoto supuesto de actos encaminados a la elaboración del informe, que finalmente no llegue a emitirse con el contenido pretendido por el autor.

⁴² En este sentido, ORTS BERENGUER, ob. cit., p. 776, citando jurisprudencia (STS de 29 de octubre de 1998), considera que la consumación “parece que se produce cuando se consigue la participación merced a las maniobras del funcionario –aunque no se obtengan beneficios por ello–, quedando en tentativa el intento infructuoso de lograrla”. CRESPO BARQUERO, ob. cit., p. 1743, es de la opinión de que la participación no parece que forzosamente deba tener contenido económico, aunque esto sea lo normal que suceda.

2.3. Sujetos

Sujeto activo

Estos delitos especiales se diferencian de los comunes –en los que el sujeto puede ser cualquier persona– debido a que los funcionarios están sometidos a un deber, por lo que son quienes pueden incumplirlo. Se trata de delitos especiales *proprios* porque la calidad del sujeto es excluyente para poder afirmar que se ha cometido una acción disvaliosa, de lo contrario el hecho será atípico.

Los delitos especiales en sentido estricto o propios son aquellos en los cuales el círculo de autores está determinado por la ley, en virtud de que la conducta del autor conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico; es el caso de los delitos de funcionario público⁴³.

En el caso, autor sólo puede ser el funcionario público, de modo que el *extraneus* únicamente responde dentro de los límites del autor. Ello así, el funcionario a que se hace referencia debe ajustarse a la forma legislada en el art. 24 del Código Penal español⁴⁴.

Estos delitos especiales se diferencian de los comunes –aquellos en los que el sujeto puede ser cualquier persona– debido a que los funcionarios están sometidos a un deber, por lo que son quienes pueden incumplirlo y cometer también delitos de comisión por omisión.

A su vez, los delitos especiales se pueden dividir en *proprios* e *improprios*. Serán *proprios* aquellos cuya calidad del sujeto es excluyente para poder afirmar que se ha cometido una acción disvaliosa, de lo contrario el hecho será atípico. En el caso de los delitos *improprios*, por el contrario, el sujeto no necesariamente tiene que ser una persona con acotadas características, sino que cualquiera podrá ser incluido dentro de los parámetros del tipo. En estos casos, si el delito lo cometiera un sujeto especialmente cualificado, habría una variación que

⁴³ Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte general*, Tecnos, Madrid, 1990, t. II, p. 334.

⁴⁴ Cfr. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), ob. cit., pp. 554 y ss.

derivaría en un tipo penal impropio. Es decir que se trata de delitos comunes especialmente cualificados⁴⁵.

El sujeto activo en este tipo penal es el funcionario que tiene la facultad para intervenir, contratar o realizar alguna operación en relación a su cargo dentro de la Administración Pública. Así las cosas, el sujeto activo del comportamiento delictivo, en este tipo de delito –especial propio– sigue siendo la autoridad o funcionario, pero –como expresa Polaino Navarrete– “no se trata de cualquier autoridad o funcionario que ciertamente actúa con prevalimiento del cargo, sino exclusivamente de aquel titular de la función que por razón de su cargo ‘deba emitir informe’ en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad”, así pues, conforme a la redacción actual, el funcionario que deba intervenir⁴⁶.

El presupuesto de la comisión del delito analizado es la existencia de un deber de *intervenir* en el asunto por razón del cargo. Quedan excluidos del tipo, en opinión de Cugat Maurí, los supuestos en que quien tiene la condición de funcionario interviene en un expediente de contratación fuera del ejercicio de sus competencias públicas⁴⁷.

En el mismo sentido, Blanco Lozano ha expresado que lo característico del concepto penal de autoridad y que se encuentra en su propia esencia definitoria es el hecho de “tener mando” o “ejercer jurisdicción”. Así puede entenderse por tener mando, tener la facultad de disponer, “obligando con ello a otros ciudadanos, ostentando por tanto la consiguiente capacidad para imponer el cumplimiento de lo ordenado en el ámbito público”⁴⁸.

⁴⁵ En el mismo sentido se ha expresado Blanco Lozano, en cuanto expresa que “son delitos especiales propios aquellos en los que el sujeto activo aparece configurado en la descripción típica como una persona especialmente caracterizada en virtud de una específica cualidad que ostenta”. BLANCO LOZANO, Carlos, *Derecho penal, Parte general*, La Ley, 2003, p. 816.

⁴⁶ POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 434.

⁴⁷ CUGAT MAURÍ, en Álvarez García, *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, III, cit., pp. 589 y ss.

⁴⁸ BLANCO LOZANO, Carlos, *Derecho penal, Parte general*, La Ley, Madrid, 2003, p. 827. Así, expresa que de manera más pormenorizada se

Este delito puede perpetrarse por una o varias personas. Estas pueden ser cómplices, pero es necesario tener en cuenta que para la comisión de un delito especial es necesario y excluyente la calidad de funcionario público, a lo que debe agregarse la necesidad de que el autor tenga la facultad de negociar o manejar operaciones.

Por último, como lo expresa Vizueta Fernández, el sujeto activo ha de “realizar la acción típica con la finalidad de obtener un beneficio económico. El logro efectivo del beneficio debe comportar un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo. Sin embargo, no es necesaria la obtención efectiva del beneficio patrimonial –tampoco, por tanto, la causación real del perjuicio– para alcanzar la consumación. Se trata –en opinión del autor– de un delito de peligro abstracto”⁴⁹.

Sujeto pasivo

El sujeto pasivo en el delito de negociaciones prohibidas a funcionarios públicos es de manera inmediata la “Administración Pública” y mediatamente la sociedad en general, puesto que –como se viera anteriormente– en este tipo de delito no sólo se afecta a la Administración en sí misma sino que también se dañan los intereses de la comunidad en cuanto a que la misma tiene “interés” en la imparcialidad de la Administración Pública⁵⁰.

Lo característico de los delitos contra la Administración Pública es que mayormente sus figuras delictivas se encuentran reservadas a funcionarios públicos y autoridades, ello

ha considerado autoridad a los “jueces, magistrados, fiscales, jueces de paz, ministros, alcaldes, entre otros, pero no, por ejemplo, los tenientes de alcalde o concejales. En todo caso los dos últimos casos citados sí podrán considerarse funcionarios públicos”.

⁴⁹ VIZUETA FERNANDEZ, ob. cit., p. 311.

⁵⁰ Así, MIR PUIG, ob. cit., p. 204, considera cuando analiza la antigua fórmula del art. 404 C.P. que “la sociedad no aparece aquí únicamente por razón del interés genérico que siempre tiene, de que no se cometa ningún delito, incluso los que agreden bien individuales, sino como sujeto del interés objeto de específica tutela por el art. 404.

toda vez que cuando se llevan adelante subvierten el correcto funcionamiento de la Administración. Es de allí que la doctrina se ha expresado en el sentido de que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es el correcto funcionamiento de la Administración; que debe ser matizado en el sentido “de que el mismo se tutela con el fin de que aquella rinda a la comunidad los servicios a que viene obligada y que justifican su propia existencia, en la forma establecida en el art. 103.1 CE, según el cual: ‘la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho’”⁵¹.

Tal como lo expresa Ranieri, puede entenderse Administración Pública, sin perjuicio de las opiniones ya vertidas, en “sentido lato”, ya que abarca” tanto su organización en sentido subjetivo como su actividad pública, que puede ser de administración, de legislación y de jurisdicción”⁵².

2.4. Aspectos subjetivos del tipo

Este tipo de delito requiere dolo directo, por virtud de la concurrencia de argucias que el sujeto activo debe efectuar para poder negociar en beneficio propio, ya que no es posible que se beneficie sin intención en una negociación. Otros autores consideran que a pesar de que la acción requiere indudablemente el dolo, el mismo puede ser directo o eventual, admitiéndose cualquiera de ellas⁵³.

⁵¹ ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la Administración pública”, en *Derecho penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 891 y ss.

⁵² RANIERI, ob. cit., pp. 233 y ss., quien expresa que el normal funcionamiento de la Administración Pública “puede ser impedido o perturbado tanto por obra de los funcionarios públicos o de personas encargadas de servicios públicos, o de personas que prestan servicios de necesidad pública o que tienen otra calidad, como personas particulares”.

⁵³ En este sentido, CATALÁN SENDER, ob. cit., p. 370, citando a MIR PUIG, ob. cit., p. 204, considera que se admite el dolo en cualquiera de

En opinión de Serrano Gómez, si bien se trata de un delito doloso, la situación de superioridad que tiene el funcionario y de la que se aprovecha para forzar o facilitar la participación de terceros, cierra el paso al dolo eventual⁵⁴.

Resulta absolutamente correcta y completa la formulación de Polaino Navarrete, en orden a que la figura descrita en el art. 439 CP "no integra un tipo pluripersonal, que exige la concurrencia de una pluralidad de elementos de acción realizados por el sujeto activo para la concreción del tipo, sino que constituye un delito subjetivamente configurado que exige la realización dolosa de una conducta básica objetiva, con la finalidad ulterior trascendente del ámbito propio del dolo y cuyo contenido no ha de alcanzarse objetivamente para la concreción del tipo".

Nos encontramos, pues, ante un delito exclusivamente doloso, y como adelantara previamente, no hay posibilidad legal de realización culposa del tipo. Si bien no hay exigencia de otro elemento subjetivo, como el ánimo de lucro, en general estas acciones buscan un beneficio económico.

2.5. Consumación y tentativa

El delito se consumará cuando el funcionario o autoridad pública actúe de manera paralela en la Administración y en el ámbito privado, es decir, se consuma cuando se puede verificar el interés personal o para terceros que el funcionario o agente pone en los contratos, el cual es el rector de su comportamiento.

Por otra parte, es posible que el contrato no se lleve a cabo, o bien que el beneficio no se concrete o que el perjuicio contra el Estado no prospere, con lo cual, según una parte de la doctrina, se estará frente a una tentativa.

sus formas, asimismo considera que "Aunque no lo precise expresamente la redacción del tipo, así se deduce del principio según el cual, salvo que se desprenda lo contrario, la 'voluntariedad' requerida por el 1º del Código Penal debe alcanzar a la conducta típica en su completo significado y no sólo a la causación imprudente de la misma".

⁵⁴ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal, Parte especial*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 1999, pp. 755 y ss.

Lo que realmente mueve a penar esta acción es que haya una actividad que tienda a buscar un interés personal antes que el interés del Estado en su conjunto, que está representado en cabeza del funcionario en cuestión.

Esta consumación, en palabras de Mir Puig, es anticipada, ya que si el interés en la operación en la que luego como funcionario tendrá intervención se produce, ya habrá consumación del delito. Este interés que supone la consumación no necesita que haya un beneficio particular, sino que con el simple interés ya hay un accionar disvalioso⁵⁵.

La acción típica consiste en el “aprovecharse” del deber funcional al intervenir en cualquier tipo de contrato, asunto, operación o actividad con el fin de forzar o facilitarse cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta en tales negocios o actuaciones. En este sentido, se ha considerado que “no basta con informar en un contrato, asunto, operación o actividad en el que se tienen intereses, sino que lo que concede a esta modalidad de conducta su carácter de injusto penal es hacerlo aprovechándose de ese deber de informar para forzar o facilitarse una participación en tales negocios o actuaciones”⁵⁶.

Resultan requisitos para la perfección del delito, en primer término, que la autoridad o funcionario público se interese en contratos, asuntos, operaciones o actividad en razón del cargo que ostenta, y en segundo término que se aproveche de esta situación para forzar o facilitar la participación de terceros (otras personas) en los referenciados negocios o actuaciones⁵⁷.

⁵⁵ MIR PUIG, ob. cit., pp. 204 y ss.

⁵⁶ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis - BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio - FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos - GARCÍA RIVAS, Nicolás - SERRANO PIEDECASAS, José Ramón - TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a (dirs.), en *Comentarios al Código Penal*, Iustel, p. 919, citando a Feijoo Sánchez, Bernardo en *Comentarios al Código penal*, cit., p. 1167.

⁵⁷ Cfr. SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal, Parte especial*, 3^a ed., Dykinson, Madrid, 1998, pp. 754 y ss. Considero que la figura prevé el “aprovechamiento” de la autoridad o funcionario para “forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona

Asimismo se ha considerado que, para la consumación del delito, no resulta necesario que el funcionario público obtenga algún tipo de beneficio económico o irrogue algún tipo de perjuicio⁵⁸.

Una parte de la doctrina (Ramos Gil) considera que la conducta típica consiste en “intervenir” de tal manera que se “fuerce” o “facilite” la participación de la autoridad o funcionario público en el negocio⁵⁹.

Por otra parte, Crespo Barquero ya consideraba –aun con la anterior redacción– que conforme a la redacción actual del art. 439 CP y su notoria imprecisión, no se encontraría impedido de entenderse que “el deber de intervenir únicamente es un referente de cualificación o determinación del sujeto activo, pero no configura necesariamente la acción típica, aunque la delimita precisamente porque esta consiste en aprovecharse de tal circunstancia. Es decir que si bien sólo puede cometer este delito el funcionario que deba intervenir y lo ‘normal’ es que se aproveche de esa ‘circunstancia’ (expresión altamente significativa en este contexto) precisamente informando en determinado sentido, en realidad, siempre que la circunstancia concorra, puede consumir el delito mediante cualquier acción que sirva para el fin típico (forzar o facilitar-se la participación en el asunto o negocio)”⁶⁰.

interpuesta”. No coincido, respetuosamente, en que la acción de aprovecharse lo sea para “forzar o facilitar la participación de otros en los referidos negocios”, como expresa Serrano Gómez.

⁵⁸ FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Delitos contra la Administración pública”, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (dir.), Civitas, Madrid, 1997, pp. 1167 y ss.

⁵⁹ RAMOS GIL, citado por Crespo Barquero, ob. cit., p. 1741.

⁶⁰ CRESPO BARQUERO, ob. cit., p. 1742, considera asimismo que la interpretación que ensaya, que considera amplia –no extensiva– en cuanto a los “medios de comisión”, de ser acertada “revela que el artículo 439 C.P., es una auténtica fuente de conflictos con otros tipos penales (prevaricación, cohecho e incluso el uso de información privilegiada del art. 442) en que la responsabilidad penal proviene de la utilización de determinados mecanismos de actuación administrativa al margen de cuál sea su contenido o finalidad material concretos. Conflictos que,

Por último, se ha sostenido por parte de la doctrina que la consumación se produce cuando el funcionario consigue con su intervención forzar o facilitar la participación de alguien en los negocios o actuaciones en los que deba intervenir. Resulta posible la tentativa en este tipo de delito, y si ocurriere una defraudación podemos estar frente al caso de un concurso con el delito de estafa⁶¹.

2.6. Autoría y participación en los delitos de negociaciones incompatibles

En los delitos especiales propios la realización del tipo está ligada a una concreta cualidad personal, esto es cuando dicha cualidad pertenezca al tipo y condicione su misma existencia⁶². En el mismo sentido se ha expresado Vizueta Fernández en cuanto a que el sujeto activo de esta modalidad es la autoridad o funcionario que deba intervenir por razón de su cargo en un contrato, asunto, operación o actividad⁶³.

Puede ocurrir que en una contratación haya aportes de otros funcionarios o particulares que instiguen a la comisión del mismo. Estos podrían ser investigados como partícipes o como instigadores pero el único sujeto activo posible por la figura es la "autoridad o funcionario", en virtud de que nos hallamos frente a un delito especial propio, y son los mencionados los que resultan ser sujetos activos del tipo. En la figura descrita en el art. 439 CP, es sujeto activo la autori-

una vez resueltos conforme a los principios de especialidad, consunción y en último caso alternatividad, relegarán la aplicación de este artículo 439 prácticamente a casos extremos y marginales".

⁶¹ Cfr. SERRANO GÓMEZ, Alfonso - SERRANO MAILLO, Alfonso, "Delitos contra la Administración Pública", en *Curso de Derecho penal, Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 636. En el mismo sentido se ha pronunciado DELGADO GIL, Andrés, en *Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 172.

⁶² Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 132.

⁶³ VIZUETA FERNANDEZ, ob. cit., p. 308.

dad o funcionario, pero no cualesquiera, sino aquellos que actuando con abuso o prevalimiento de su cargo “deban intervenir” en cualquier clase de “contrato, asunto, operación o actividad”.

Se ha propuesto una interpretación que no deja de ser interesante, en cuanto a que el sujeto activo ha debido informar y no resolver, estando la primera a cargo de los funcionarios y no de las autoridades, conforme a la legislación en vigencia, de forma que la figura abarcaría a los funcionarios y no a las autoridades, tratando a estas con mayor benignidad. Ello no parece desacertado, contando con el antecedente del art. 404 CP en cuanto se excluía del tipo penal a los alcaldes, pudiendo, con la nueva redacción, quedar fuera del alcance de la normativa⁶⁴.

Sin perjuicio de las interpretaciones que la figura permite, queda claro entonces que únicamente resultan sujetos activos de la figura “la autoridad o funcionario” que deban intervenir en razón de su cargo en cualquier tipo de negocio o actuación⁶⁵. Ahora bien, es necesario, conforme a la amplitud de los términos, su delimitación.

Se trata de un delito especial, pues sujeto activo será la autoridad o funcionario público, pero no cualquiera, sino aquel que “deba intervenir”. Al describir al sujeto activo del delito,

⁶⁴ CATALÁN SENDER, ob. cit. p. 359. El artículo 404 contenido en el Capítulo XII, el último del título VII, Libro II, penaba expresamente a “Los jueces, los funcionarios del Ministerio Fiscal, los jefes militares, gubernativos o económicos, con excepción de los alcaldes, que durante el ejercicio de sus cargos se mezclaren directa o indirectamente en operaciones de agio, tráfico o granjería, dentro de los límites de su jurisdicción o mando, sobre objetos que no fueren producto de sus bienes propios (...), esta disposición no es aplicable a los que impusieren sus fondos en acciones de banco o de cualquiera empresa o compañía, con tal que no ejerzan en ellas cargo ni intervención directa, administrativa o económica” (FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Estados, Madrid, 1965, pp. 211 y ss.).

⁶⁵ En el mismo sentido, LANDECHO VELASCO, Carlos María - MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho penal español (Parte especial)*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, pp. 441 y ss.

el art. 439 lo determina con la expresión siguiente: “la autoridad o funcionario público que debiendo intervenir por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad”, expresión que limita la autoría del delito a los funcionarios que deben intervenir en relación con la contratación realizada por el organismo en el que trabajan, quedando afuera otros funcionarios relacionados con la contratación (cfr. 1887/2002, de 13 de noviembre, ley 167/2003)⁶⁶.

Conforme expresa Villavicencio Terreros, en referencia a los delitos de infracción del deber, la posibilidad de la autoría se halla limitada al círculo de los denominados autores cualificados expresados en el tipo penal, tal como es el caso del prevaricato, en donde sólo permite considerar autor a la persona que tenga la calidad de juez o fiscal. En el caso de las negociaciones prohibidas (art. 439 CP), la autoridad o funcionario público⁶⁷.

La doctrina alemana acepta la aplicación de la autoría mediata o coautoría según el papel que juegue el sujeto que, cometiendo el delito, cumpla o no con las características especiales del tipo.

En los casos en que el accionar fuera cometido por distintas personas que cumplieran papeles disímiles, las cosas pueden ser de dos formas diferentes. En caso de que quien cumpliera el papel de “hombre de atrás” fuera o no quien poseyera las características requeridas por el tipo.

Así, si quien estuviera oculto fuera quien cumple con los requisitos, la autoría mediata es la opción. Caso contrario, si quien estuviera oculto fuera un sujeto común, sólo cabría la posibilidad de la participación.

Diferente será si el delito debe ser cometido directamente por el sujeto especial, pues entonces no podría hablarse de autoría mediata.

⁶⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, Luís, *Código comentado y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 954 y ss.

⁶⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal (Parte general)*, Grijley, Lima, 2007, pp. 108 y ss.

El hecho de que haya una persona oculta que sea la calificada para considerar típica la acción, complejiza el análisis del mismo. Jescheck considera que nos hallamos frente a una cuestión de aplicación del dominio del hecho, toda vez que para ser autor del delito hay que ser titular de un deber, aunque no implica que todo titular del deber tenga tipos especiales propios, a personas que poseen una caracterización especial (*v.gr.*, funcionarios públicos)⁶⁸.

De todas formas, la influencia dominante del sujeto calificado es indispensable, pues sin su comportamiento típico, antijurídico y culpable es imposible plantear un hecho perseguible penalmente. Dicho sujeto, al tener la influencia sobre el sujeto no calificado, puede tener dominio del hecho y de esta manera ser quien genera que haya una violación al bien jurídico tutelado, que en caso contrario no ocurriría, pues al ser el sujeto activo una persona común, el hecho sería atípico. Así se cumpliría con los dos elementos necesarios para poder hablar de dominio del hecho. Por un lado, la cuestión psicológica que ejerce el sujeto calificado sobre el no calificado; por otro, al cumplir con las características del tipo, nos enfrentamos a un delito especial que se ha configurado según la doctrina del dominio del hecho.

Otra posición doctrinal postula Roxin, quien sostiene que sólo es una cuestión de infringir el deber, lo que resulta de vital importancia a la hora de definir que se puede saltar la accesoriedad⁶⁹.

En el caso de quien se encuentra oculto, este no cumple con los requerimientos especiales del tipo, por lo tanto no estaríamos frente a la autoría mediata, sino frente a una inducción. En caso de que el sujeto oculto sea el calificado, no habrá inducción, pues el extraño no puede ser autor por carecer de los requisitos típicos. Así nos enfrentaríamos a un caso de autoría mediata.

⁶⁸ JESCHECK, ob. cit., p. 286, y hace referencia en el mismo sentido a los soldados.

⁶⁹ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 385 y ss.

Roxin plantea que el criterio de dominio del hecho es un principio rector para la figura central y no un principio universal. Este criterio tiene dos excepciones: los delitos de infracción de deber y los delitos de propia mano⁷⁰.

Los delitos de la primera excepción son los que deben ser cometidos por aquellas personas que lesionan un deber especial que surge por fuera del derecho penal y se manifiesta a través del tipo. Allí encontramos los delitos pasibles de ser cometidos por un funcionario público, en los que el deber surge desde el derecho público y no por el dominio del hecho.

En el caso de los delitos por propia mano, estos sólo podrán ser realizados mediante la ejecución corporal de la acción típica. Para Roxin, estos delitos actualmente son infracciones de deberes altamente personales. Cabe agregar que en esta clase de ilícitos la coautoría o la autoría mediata están excluidas⁷¹.

Por su parte, Mir Puig, mencionado por Gómez Martín, al referirse a los delitos especiales propios, alude a la que denomina teoría de “pertenencia del hecho”. Así, al responder a la pregunta ¿quién es el responsable principal del hecho?, considera que la repuesta a este interrogante afectaría la determinación de la autoría y debería ser contestada del siguiente modo: “es autor del delito el sujeto a quien habiendo interpuesto una causa del hecho, y siéndole este imputable objetiva y subjetivamente, ‘le pertenece el hecho’. En los delitos especiales, ello ocurriría con respecto a aquellos sujetos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo, se presenten como protagonistas del mismo, como sujetos protagonistas de su realización”⁷².

⁷⁰ ROXIN, ob. cit., pp. 386 y ss.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Los delitos especiales*, BdeF-Edisofer, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 379-380. Cita el autor a Mir Puig en el desarrollo que el mismo realiza en *Derecho penal, Parte general*, 7ª ed., Reppertor, 2004, respecto de la causa del resultado. En opinión de Mir Puig, al ser la conducta del *intraneus* (su supresión mental traería consigo la eliminación del resultado) y crear un riesgo

Por último, hay una posición intermedia o mixta que conjuga parte de las previamente explicadas. Esta postura considera que el dominio del hecho no basta y se requiere que el autor sea quien tiene un deber especial. El problema se manifiesta cuando el sujeto con el deber especial no tiene el dominio del hecho.

En este supuesto los requisitos que demanda la autoría se encuentran en dos personas distintas. Es una forma mixta de participación que reúne elementos de la autoría y de la instigación, pero que no puede ser considerada una autoría mediata puesto que generaría la impunidad de ambos sujetos y sería entonces necesario acudir a la autoría inmediata para quien tiene el deber de cumplir y ha menoscabado su obligación.

Así pues, los funcionarios infringen el deber que les impone su cargo cuando realizan la acción prevista por el tipo penal y por ello ninguna otra persona puede efectuar la acción típica, ya que no cumple con las características que el tipo objetivo requiere. En consecuencia, aquellos funcionarios que cometen un delito en el ejercicio de sus funciones –lo cual implica un deber con la Administración Pública– serán autores del hecho disvalioso cuando estos tengan dominio del hecho. Por lo tanto, en el caso de que haya un colaborador en la ejecución del hecho de un delito propio, pero que este fuera extraño a la Administración Pública, sólo podrá ser considerado partícipe.

Los delitos especiales que tiene un sujeto oculto (hombre de atrás), en caso de que este fuera el sujeto calificado, será considerado autor mediato. Pero si el hombre de atrás fuera el extraño, sólo podrá ser tenido como inductor.

2.7. Autores de negociaciones incompatibles por equiparación

El art. 440 del Código Penal español prescribe: “Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran

típicamente relevante que se realizaría en el mismo, en los supuestos de referencia existiría base suficiente para afirmar la autoría mediata del *intraneus* (cfr. MIR PUIG, ob. cit., pp. 14 y ss.).

intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, y los administradores concursales respecto de los bienes y derechos integrados en la masa del concurso, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años, salvo que esta conducta esté sancionada con mayor pena en otro precepto de este Código”.

Como bien expresa la doctrina, el art. 440 del CP resulta ser casi una transcripción del antiguo art. 401 del Código Penal de 1973.

El tipo prohíbe a determinadas personas que no son funcionarios públicos, pero que tienen deberes jurídicos o “posiciones jurídicas especiales”⁷³, la realización de determinadas actividades. Como se denota, no se protege por la norma el funcionamiento normal y correcto de la Administración Pública, sino más bien de otras instituciones.

La finalidad de este precepto, conforme entiende Quintero Olivares, es la de extender la responsabilidad penal a sujetos –que la propia norma indica– que, debiendo intervenir necesariamente en la valoración de bienes a que se refiere el art. 440 CP, aprovecharan su intervención para obtener una ventaja de carácter personal⁷⁴.

Conforme expresa Conde-Pumpido Ferreiro, el art. 440 del CP español extiende la sanción penal a los casos en que la conducta consistente en aprovecharse a los fines de obtener alguna ventaja patrimonial sea realizada por peritos, árbitros y contadores partidores respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido o por tutores, curadores o albaceas respecto de los bienes o cosas pertenecientes a sus pupilos o testamentarias⁷⁵.

⁷³ FELJOO SANCHEZ, ob. cit., p. 1167.

⁷⁴ Conf. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) - VALLE MUÑIZ, José Manuel (coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1268.

⁷⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código Penal Comentado*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 1279 y ss.

Tal como es apreciado cuando se entiende que “ni los sujetos que se enumeran son funcionarios públicos, ni los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación intervienen tienen o (al menos no tienen por qué tener) carácter ni aplicación públicos, ni en fin parece existir razón alguna para entender que tales conductas incidan sobre el bien jurídico protegido en dicho título XIX, que se supone que es la Administración Pública, salvo muy remotamente, en la medida en que tales actos puedan obtener algún tipo de convalidación o aprobación administrativa o incluso judicial”, resulta acertada la observación de que “más allá de la tarea correspondiente a los peritos será ciertamente raro encontrar aplicaciones posibles de esta norma penal a los otros sujetos indicados como tutores o albaceas. Si bien es posible y hasta frecuente que puedan ‘interesarse’ en los negocios en que intervienen en nombre o por cuenta de otro, el esfuerzo de imaginación del legislador a la hora de tipificar el aprovechamiento ilícito que puedan obtener ‘en el deber de informar por razón de su cargo’ es ciertamente notable”⁷⁶.

En sí, lo que aparentemente el legislador ha querido con la inclusión de esta norma ha sido prohibir y evitar con ella cualquier conducta de los sujetos mencionados en la misma que implique un aprovecharse de su cargo para forzar o facilitarse cualquier forma de participación en el acto en que intervengan.

El art. 440 del CP reprime entre otros sujetos a los tutores, curadores o albaceas que se condujeren del modo previsto en el art. 439 CP, respecto de los bienes o cosas pertenecientes a sus pupilos o testamentarias. Conforme considera Vizuela Fernández, nos encontraríamos frente a una ley penal en blanco, que se remite para la determinación de la acción prohibida a otra ley, el art. 439 del Código Penal⁷⁷.

La tutela es “la institución que sirve para la guarda, protección y representación de los menores no emancipados y de

⁷⁶ CRESPO BARQUERO, ob. cit., p. 1744.

⁷⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003, pp. 184 ss.

los incapacitados no sujetos a la patria potestad, y para la administración de su patrimonio”⁷⁸.

En el caso de la curatela, se confiere a un sujeto la potestad de asistir, en determinados actos, a un menor emancipado o a un declarado pródigo⁷⁹.

La doctrina, en cuanto al término “albacea”, designa a la persona nombrada por el testador para asegurar fielmente el cumplimiento de sus últimas voluntades. Tienen los albaceas en el ejercicio de su cargo una cantidad de facultades, así como regla general, el Código Civil establece en su art. 901 que estas serán las que expresamente les haya conferido el testador, siempre que no sean contrarias a las leyes⁸⁰.

Así toman importancia, en referencia a la figura, aquellas que tienen que ver con el patrimonio del causante. De esta manera el testador puede facultar al albacea a tomar posición de sus bienes, pagar deudas, percibir rentas y frutos, y también enajenar bienes de la herencia⁸¹.

En opinión de Polaino Navarrete, el aspecto troncal del tipo descrito es la participación propia del sujeto activo en nego-

⁷⁸ Ídem, pp. 185 y ss. En ese contexto, conforme lo expresa el autor, resulta fácil pensar en un tutor que en una de estas actuaciones con marcado contenido patrimonial se aproveche de su posición para facilitarse cualquier tipo de participación que le reporte beneficio económico (VIZUETA FERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 186 y ss.).

⁷⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1989, pp. 595 y ss. Ambas instituciones (tutela y curatela), en opinión del autor, aunque tienen su origen en un acto público (el nombramiento judicial), dan lugar a una relación jurídica del Derecho civil y a derechos subjetivos. Se confieren las potestades tutelares a determinados sujetos, no en cuanto servidores del Estado y para realizar intereses públicos conforme a las directrices oficiales, sino en cuanto personas privadas a las que, como tales, el Derecho amplía su esfera de autonomía para la realización de los propios fines personales (entre los que están no sólo los individuales, sino también otros familiares y sociales) (pp. 554 y ss.).

⁸⁰ Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 188 y ss.

⁸¹ Ibídem.

ciaciones o asuntos sobre determinadas funciones y a quien le está prohibido intervenir en cualquier tipo de negociación sobre los mismos, de forma que “la figura legal impone al juzgador la tesitura de dejar inaplicable el tipo o de forzar una interpretación correctora, extensiva, abiertamente *contra reo*, y por ello incompatible con el principio de legalidad penal”⁸².

3. ACTIVIDADES PROHIBIDAS A AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto es dable referirnos más específicamente a lo dispuesto en el art. 441 del Código Penal español que expresa: “La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a cinco años”.

En el Código Penal de 1932, se recogió por primera vez una acción típica, que resulta similar, si bien más correcta, a la contemplada en el art. 441 del Código Penal de 1995. Se trata del art. 221 del CP de 1932⁸³.

Esta conducta, si bien cambiando el sujeto activo, aparece recogida en el art. 198 CP de 1944, trasladándose finalmente al Código Penal de 1973, con la misma numeración. Así, es de observar que el actual delito de ejercicio de actividades incompatibles con la función pública *ex art.* 441CP posee un

⁸² Cfr. POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 437.

⁸³ Art. 221 CP de 1932 expresaba: “El Ministro de la República que durante el desempeño de su cargo ejerciere alguna profesión o interviniere directa o indirectamente en Empresas o Asociaciones privadas, con móvil de lucro incurrirá en la pena de inhabilitación especial y multa de 10.000 a 100.000 pesetas”.

doble origen, el art. 404 del Código Penal de 1973 y el art. 198 CP de 1973, ello sin perjuicio de las reformas sustanciales a la actualidad.

La conducta típica está constituida por la intersección o cruce de la actividad pública que realiza normalmente y el asesoramiento a una empresa privada. Antes, la legislación española en el art. 198 preveía todas las posibles actividades que realizará en el ámbito privado, es decir, realizar actividades profesionales o de asesoramiento a entidades privadas en algún tema o cuestión que se relacione con la actividad dentro de la Administración Pública del sujeto activo.

Se debe tener en cuenta que hay muchas actividades del ámbito privado que no son incompatibles con el ejercicio de lo público y, por otra parte, no siempre que se viole la prohibición del ejercicio de una acción privada se está cometiendo un delito, ya que en caso de que el asesoramiento fuera de o a otra entidad pública no se estaría cometiendo un delito. Cualquier tipo de acción que el funcionario realice debe ser en relación con el área donde ejerce sus competencias, de lo contrario no estaríamos frente al delito de negociaciones incompatibles puesto que este artículo sólo pena aquella actividad que tenga relación con la que el funcionario realiza en el ámbito público, aunque no intervenga personalmente, sino que se halle dentro de su órbita.

Quedan exentos de pena aquellos casos que la ley permite expresamente. En el caso de la suposición de una autorización, habrá error de tipo que podrá ser: invencible, en cuyo caso no se podrá penar al sujeto; o vencible, que tampoco será punible, pues no hay opción a la comisión por imprudencia, al no preverse la descripción del tipo culposo.

En el art. 441 CP se protege una vez más la objetividad con que debe trabajar cualquier funcionario público. La misma podrá verse afectada si algún funcionario cumple funciones dentro de la esfera privada, además de en el ámbito público, a esto debe agregarse que los intereses de la actividad privada pueden sobreponerse a los de la actividad pública.

Se ha entendido que la acción en el art. 441 supone la realización por sí o por persona interpuesta de una actividad de carácter profesional o de asesoramiento en un asunto en el

que deba intervenir o hayan intervenido algunos de los sujetos enumerados en la norma en razón de su oficio.

Así también se estiman en su análisis dos supuestos que se desprenden de la norma: en el primer caso, el sujeto activo primero efectúa “una actividad profesional o de asesoramiento, o ambas a la vez, y luego interviene como autoridad o funcionario sobre ese mismo objeto o asunto”; en el segundo supuesto, el sujeto activo “primero interviene por razón de su oficio en cierto objeto o asunto y luego realiza una actividad profesional o de asesoramiento sobre el mismo”⁸⁴. En este artículo el injusto es la conducta de infracción o violación de incompatibilidad, además de una posible falta administrativa.

El fundamento de esta clase de delito es potenciar el principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, de una manera preventiva, intentando disuadir mediante la amenaza de una sanción penal a quienes realizan este tipo de acciones que son incompatibles.

Conforme expresa Alegre Ávila, objetividad/imparcialidad es el “binomio que define el bien jurídico protegido por el art. 441 CP 1995”. Así, objetividad como sinónimo de imparcialidad es característica con la que el funcionario debe servir a los intereses generales y la misma puede verse trastocada si el funcionario o autoridad desarrolla actividades profesionales en las esferas pública y privada a un tiempo, “con el riesgo de que los intereses dimanantes de la segunda se superpongan y se les otorgue preferencia respecto a los de la primera”⁸⁵.

Tal como expone Polaino Navarrete, el art. 441 del Código Penal español, referido a las denominadas “actividades profesionales incompatibles con la función pública”, se encuentra bajo la rúbrica de las negociaciones prohibidas a los funcionarios⁸⁶.

⁸⁴ CATALAN SENDER, ob. cit., pp. 359 y ss.

⁸⁵ ALEGRE ÁVILA, Juan M., “Incompatibilidades en el ejercicio de la función”, en Álvarez García, F. J., *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, III, cit., pp. 607 y ss.

⁸⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fraudes y exacciones ilegales. Estafa y apropiación indebida* cit., p. 360.

En lo referente al *bien jurídico protegido*, y al solo efecto de complementar lo ya expuesto, lo que se intenta proteger en el tipo penal es la transparencia de la actuación de los funcionarios dentro de la Administración Pública⁸⁷.

En cuanto a los elementos típicos, el sujeto activo únicamente puede serlo una autoridad o funcionario público. Así, quien haya dejado de ostentar tal condición no incurrirá en el tipo analizado⁸⁸.

El tipo legal, conforme expone Polaino Navarrete, configura un delito de mera actividad, que no requiere que se produzca ningún resultado material. El comportamiento típico se "limita al ejercicio de cualquier actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental"⁸⁹.

Debe entenderse, conforme se encuentra estructurado el tipo penal, que la conducta típica implica incurrir en un "abuso del cargo" determinante de la incompatibilidad del ejercicio simultáneo de la función pública y de la actividad privada⁹⁰.

En cuanto al aspecto subjetivo del tipo, sólo resulta punible el accionar doloso del agente, pudiendo considerarse la posibilidad del dolo eventual.

La consumación se produce al tiempo de hacerse efectiva la relación profesional o de asesoramiento del funcionario público con la empresa privada o particulares. No se exige por parte de la figura una relación de permanencia, ello toda vez que el delito puede cometerse con un solo acto de asesoramiento⁹¹.

⁸⁷ Cfr. SERRANO GÓMEZ - SERRANO MAÍLLO, ob. cit., pp. 635 y ss.; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones...* cit., pp. 361 y ss., considera que el bien jurídico protegido es "la imparcialidad funcional, jurídicamente exigida en el ejercicio de la función pública, junto con la incorruptibilidad económica de los funcionarios en relación a los cometidos propios del desempeño del cargo".

⁸⁸ CÓRDOBA RODA - GARCÍA ARÁN, ob. cit., pp. 2106 y ss.

⁸⁹ POLAINO NAVARRETE, *Lecciones...* cit., pp. 360 y ss.

⁹⁰ Ídem, pp. 361 y ss.

⁹¹ SERRANO GÓMEZ - SERRANO MAÍLLO, ob. cit., pp. 636 y ss.

4. ABUSO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. USO DE SECRETO O INFORMACIÓN PRIVILEGIADA CON ÁNIMO DE LUCRO

El art. 442 describe de manera singular la divulgación de secretos: "La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas de prisión de uno a tres años, multa del tanto al séxtuplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cuatro a seis años.

"Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años. A los efectos de este artículo se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada".

Los antecedentes inmediatos se encuentran en el art. 395 del Proyecto del Código Penal de 1994, ubicado en el Capítulo IV: "De la infidelidad de la custodia de documentos y de la violación de secretos", inmediatamente después del delito de revelación de secretos funcional (art. 394), al igual que en el art. 400 del Proyecto de 1992, de redacción análoga, y en el art. 368 del CPA, redactado conforme a la ley orgánica 9/1991, del 22 de marzo del año de mención.

El tipo configurado en el art. 442 CP prevé como conducta disvaliosa la divulgación de los secretos, pero no en el sentido que le otorga el concepto de violación de un secreto, sino que el significado aquí refiere al uso del secreto que por la función se conoce y que implica un beneficio particular para el

funcionario o un tercero. La conducta típica se lleva adelante haciendo uso del secreto o de la información privilegiada⁹².

Así, Vizqueta Fernández considera que la acción típica consiste en “hacer uso de un secreto o de una información privilegiada con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero”. Queda comprendido dentro del tipo todo comportamiento activo, que se lleva a cabo por un funcionario público con la finalidad de obtener un beneficio económico particular- aprovechándose para ello del conocimiento que por motivo de cargo tiene de un secreto o información privilegiada⁹³.

Conforme expresa Polaino Navarrete, nos encontramos en la estructura legal con varios tipos penales (básico, privilegiado y cualificado), ello en función o no del beneficio económico, en la cuantía que pretende el funcionario público que lleva a cabo el uso del secreto o información privilegiada, así como de la entidad del daño causado. Si se “persigue, facilita u obtiene en menor cuantía de la pretendida por el sujeto el beneficio económico, se realiza el tipo privilegiado. Si se obtiene el beneficio en la misma cuantía perseguida, se concreta el tipo básico. Si se producen los daños descritos, se concreta el tipo cualificado”⁹⁴.

Según Serrano Gómez, los requisitos que exige la ley son: a) tener conocimiento, por razón del oficio o cargo, de un secreto o de información privilegiada; b) hacer uso indebido de los mismos, y c) que dicho uso se realice con ánimo de obtener un beneficio económico para el autor o para un tercero. Por secreto es dable entender lo que conoce una persona o un

⁹² Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, pp. 850 y s., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Se plantea el problema de si puede entenderse por tal la comunicación del secreto o la información a un tercero. Considera que ello no es posible, pero no se crea al menos para el funcionario, en esta interpretación, una laguna de punibilidad, porque siempre sería aplicable el art. 417, que prevé la revelación de secretos.

⁹³ Conf. VIZUETA FERNÁNDEZ, “Tutela Penal de las Administraciones Públicas”, cit., p. 315.

⁹⁴ POLAINO NAVARRETE, *Lecciones...* cit., pp. 362 y ss.

grupo reducido, que no debe ser transmitido a otros, salvo en los supuestos legalmente establecidos⁹⁵.

La conducta típica es el uso de la información que luego implicará un beneficio al funcionario, autoridad o un tercero. Como expone Otero González, el Código penal de 1995 introdujo dos novedades en la figura. La primera se refiere a la ubicación, que en el Código penal anterior se encontraba en el Capítulo IV, junto con la revelación de secretos e informaciones, trasladándose hoy al IX, dentro de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y abusos en el ejercicio de su función, por lo que se puede concluir qué concreta conducta trata de prohibirse en el nuevo precepto. La segunda, en cuanto a la consumación del delito, que se produce en el ordenamiento penal actual cuando se realiza el uso –siempre que se efectúe con ánimo de obtener un beneficio–⁹⁶.

Por “usar” debe entenderse utilizar los conocimientos. El mero “uso” supone ya la ruptura del vínculo de lealtad que une al funcionario público con la Administración Pública, y que por ende obliga al mismo a abstenerse de toda actuación relacionada con la información de que dispone o posee con motivo de su cargo, constituyendo de por sí el “uso” un abuso⁹⁷.

Por el término “secreto” debe entenderse lo que conoce una persona o un grupo reducido, que no debe transmitirse a terceros, salvo en los supuestos legalmente establecidos⁹⁸.

El secreto a que se refiere el art. 442 CP será aquello conocido por pocas personas y que se pretende que quede oculto, siempre que se utilice –por parte del sujeto activo–, con ánimo de obtener un beneficio económico, su utilización implique la instrumentalización del cargo de funcionario para

⁹⁵ SERRANO GÓMEZ, ob. cit., p. 799.

⁹⁶ OTERO GONZÁLEZ, Pilar, “Abuso de secreto o información privilegiada”, en Álvarez García, Francisco Javier, *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, III, pp. 647 y ss.

⁹⁷ OTERO GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 648 y ss.

⁹⁸ SERRANO GÓMEZ - SERRANO MAÍLLO, ob. cit., p. 637.

finés ajenos a los públicos y exista “una norma jurídica, acto o resolución que lo establezca o permita establecerlo”⁹⁹.

Al referirnos al término información privilegiada, la misma se encuentra definida en el párrafo 2º *in fine* del art. 442 CP, ello tomado del art. 81 de la Ley de Mercado de Valores. Así se entiende que “es toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada”.

Tal descripción de la acción típica suscita diversidad de opiniones en cuanto al resultado de los beneficios, toda vez que si se requiere la obtención del beneficio, la conducta típica se vería restringida por la necesidad de la obtención del beneficio económico.

En cambio, hacer uso del secreto con ánimo de obtener un beneficio se transforma en un elemento diferente, ya que al no requerirse el efectivo favor material, la conducta típica es más factible. De lo contrario, y al no obtenerse el beneficio, el delito quedaría en una simple tentativa.

En cuanto al secreto, este debe ser usado para obtener un beneficio, pero si además fuera hecho público se estaría frente a un concurso de delitos.

El sujeto activo será el funcionario o autoridad que tenga conocimiento de un secreto en virtud de su función.

Nos hallamos frente a un delito especial propio, como en los del presente capítulo, no exigiéndose la revelación del secreto o de la información privilegiada, pues sólo se habla de “hacer uso”. Así las cosas, podrían surgir supuestos en los que la información permitiera obtener el beneficio buscado, sin tener que vulnerar la confidencialidad.

La finalidad del uso del secreto se concreta de manera efectiva con la obtención de un beneficio económico, ya sea para el funcionario público o para un tercero; puede tratarse de un beneficio dinerario o de cualquier otra índole siempre que resulte valuable¹⁰⁰.

⁹⁹ DELGADO GIL, Andrés, *Delitos cometidos por funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 303 y ss.

¹⁰⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ - JUDEL PRIETO - PIÑOL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho penal*, t. II, *Parte especial*, cit., pp. 558 y ss.

Su consumación se produce cuando se hace uso de la información, lo cual no implica haber obtenido los beneficios, que serían parte del agotamiento del delito.

El autor del delito podrá ser quien es funcionario público, si hay un particular que se suma a la comisión del mismo, sólo podrá ser investigado como partícipe. Conforme expone Mir Puig, en el caso de interpretarse el precepto como un delito de resultado de modo que el “beneficio económico” forma parte del tipo penal, cabría la posibilidad de tentativa¹⁰¹.

Nos encontramos frente a un delito subjetivamente configurado, incorporando, como se desprende de la figura, un elemento subjetivo del injusto, que se integra por el ánimo del funcionario de obtener un beneficio económico por parte del funcionario público para sí o para un tercero¹⁰².

La figura legal conforma un delito intencional de resultado cortado¹⁰³, en el que el sujeto activo lleva adelante un determinado comportamiento con la finalidad de obtener una meta ulterior, no dependiente de la voluntad del propio agente.

El dolo de la figura analizada abarca en este caso el conocimiento del secreto o información privilegiada, el carácter reservado de la misma y la utilización abusiva del conocimiento.

A más de ello, como se dijera *supra*, el ánimo de lucro implica el elemento subjetivo del injusto que exige “la pretensión finalista de enriquecimiento, mediante la obtención de un beneficio propio o ajeno”¹⁰⁴.

¹⁰¹ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, J. M^a. Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 371.

¹⁰² POLAINO NAVARRETE, *Lecciones...* cit., pp. 364 y ss.: “El ánimo de obtener un beneficio económico equivale al ánimo de lucro inherente a los numerosos delitos de enriquecimiento patrimonial mediante desplazamiento, que puede reportar un beneficio económico al propio autor o a un tercero, satisfaciéndose la finalidad lucrativa del sujeto con el logro del enriquecimiento económico para sí o para un tercero. El ánimo de apropiación personal de un determinado bien patrimonial, a favor del autor, no coincide con el ánimo de lucro, a favor de ese mismo tercero”. POLAINO NAVARRETE, ob. cit., pp. 365 y ss.

¹⁰³ Cfr. POLAINO NAVARRETE, ob. cit., pp. 365 y ss.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

El tipo básico se consuma con la mera realización de la conducta de uso del secreto o de la información privilegiada con ánimo de lograr un beneficio económico, lo que en opinión de Otero González plantea la dificultad de calcular la multa en torno al beneficio perseguido¹⁰⁵.

La figura cuenta con un tipo privilegiado, que comparte con el tipo básico los elementos esenciales del mismo, con la diferencia de que no requiere la obtención de un beneficio económico, y para el caso de obtenerse debe ser de orden inferior al pretendido por el sujeto activo. La sanción penal que se impone en este caso resulta ser la misma que la del tipo básico, pero no ya en su mitad superior sino en la total extensión prevista por la propia norma.

El tipo agravado se produce cuando resultare “un grave daño para la causa pública o para un tercero”. En este caso se impondrán las penas en su mitad superior, de obtenerse el beneficio económico, y habrá una inhabilitación para ejercer la función pública.

En este último párrafo se prevé una segunda modalidad agravada (tipo cualificado). Se requiere entonces que el sujeto activo conozca o haya podido conocer que con la utilización del secreto o de la información privilegiada se pueda causar perjuicio¹⁰⁶.

Esta conducta típica sólo es susceptible de realización dolosa, cuando concurra el elemento subjetivo del tipo integrado por el “ánimo de lucro”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ OTERO GONZÁLEZ, en Álvarez García, *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, pp. 666 y ss.

¹⁰⁶ CORDOBA RODA - GARCÍA ARÁN, ob. cit., pp. 2110 y ss.

¹⁰⁷ Conforme expresa Polaino Navarrete: “La especulación con ánimo lucrativo sobre el conocimiento de secreto o de información privilegiada puede generar daños a la Administración o a los particulares. De ser graves los daños irrogados, se concreta el presente tipo cualificado, que resulta ser agravado no por el mayor enriquecimiento subjetivo sino por la entidad de los daños producidos”. POLAINO NAVARRETE, *Lecciones...* cit., pp. 366 y ss.

5. LA INCRIMINACIÓN TÍPICA EN EL ORDENAMIENTO PENAL DE LA ARGENTINA

*Configuración legal de las negociaciones incompatibles*¹⁰⁸

Dentro del Título XI, “Delitos contra la Administración Pública”, Capítulo VIII, “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, encontramos el art. 265 del Código sustantivo, que en su redacción actual, que fuera sustituida por la ley 27.401 de Responsabilidad Penal (art. 32), que ha quedado estructurado de la siguiente manera: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

”Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales”.

Antecedentes legislativos

El único artículo (265) que constituye el Capítulo VIII, “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, del Título XI, “Delitos contra la Administración Pública”, no ha experimentado cambios esenciales en su contenido a través de los antecedentes nacionales.

En Argentina el Proyecto del Dr. Carlos Tejedor trataba el tema en los artículos 418 y 419 incluyéndolos en el Capítulo X junto con los fraudes y exacciones. En ambos casos utilizaba la expresión “empleado público”.

¹⁰⁸ El presente acápite tiene su base en la obra conjunta con el Prof. Dr. Guillermo Todarelo, con la colaboración de la Dra Noelia Matalone, Astrea, Buenos Aires, 2016.

Así el art. 418 expresaba: "El empleado público que en los contratos que intervenga, por razón de su cargo o por comisión especial defraudare al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión de dos años e inhabilitación absoluta por cinco a diez años".

Dicho artículo del Proyecto Tejedor tenía su antecedente directo en el Código español (art. 323) que castigaba el hecho con "presidio correccional e inhabilitación perpetua especial" y se tiene también como antecedente el Código de Baviera. En ese sentido Pacheco estimaba: "En el delito que aquí se prevé, entran dos elementos criminales: uno el robo o fraude que al Estado se causa; otro, al abuso de funciones y poder con que se comete (...) El artículo tiene también la generalidad necesaria. En todos los puestos cabe la clase de delito que comprende. En unos será cuando la celebración de los contratos, en otros será cuando se verifiquen los pormenores de su ejecución, cuando se liquiden sus consecuencias la pena se aplica con justicia a todos los casos, porque en todos puede igualmente delinquirse"¹⁰⁹.

El segundo artículo mencionado resulta más cercano a la redacción de dicho tipo en el Código Penal de 1921 y rezaba: "El empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con inhabilitación especial por uno a cinco años, y multa de diez a cincuenta por ciento sobre el valor de la parte que hubiere tomado en el negocio, o en su defecto prisión de un año". En una segunda parte expresaba: "Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, o adjudicación ó partición interviniessen, y a los guardadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias".

¹⁰⁹ PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado*, t. II, Viuda de Perinat y Cía., Madrid, 1856.

Implicancias de la ley 25.188

Denominada Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, sancionada el 29 de septiembre de 1999, fue promulgada el 26 de octubre de ese mismo año y publicada en el Boletín Oficial el 1º de noviembre del mismo año. Sustituyó el art. 265 del Código Penal, por el art. 35 de la nombrada ley, que establecía: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

"Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales".

En aquella oportunidad, se agregó el párrafo que hacía referencia al funcionario público que se interesara en miras de un beneficio propio o de un tercero, modificándose la segunda parte del artículo, en lo que hace a la enumeración de posibles sujetos. Así también, establecía la ley una pena que es de prisión o reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua.

La última reforma del año 2017 (ley 27.401) incluye además una multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor el beneficio indebido pretendido u obtenido.

6. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es común la idea de entender que el bien jurídico protegido por el art. 265 del Código Penal es el normal funcionamiento de la "Administración Pública"¹¹⁰.

¹¹⁰ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, "Tratamiento penal de los delitos contra la Administración Pública", en *Autoría y participación y la teoría de los delitos de "infracción del deber"*, también en *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima, 1ª ed., 2001, 2ª ed. 2003, pp. 2 y ss. Así, y en referencia a la concepción actual de la "Ad-

Dicho concepto de Administración Pública ha sido definido –en su dimensión funcional– como el correcto desarrollo de la función pública llevada a cabo por los funcionarios públicos

ministración Pública”, ha expresado el autor en lo esencial que, hasta hace unas décadas, en el Derecho penal se veía a la “Administración Pública” como si fuera un poder casi sacrosanto que debía ser protegido por sí mismo, como si se tratara de un ente superior a los ciudadanos. Debido a eso se pretendía proteger penalmente distintos aspectos de este “poder”, tales como el “prestigio”, el “honor”, la “intangibilidad”, ciertas facultades monopólicas, etc. Bajo esta concepción se legitimaba la existencia de tipos penales como la “usurpación de insignias, títulos y honores” (art. 362 CP peruano), que penan el “atreimiento” de los ciudadanos de ostentar públicamente insignias o distintivos propios de los funcionarios públicos, o el “desacato” (arts. 374 y s. CP), por el cual un acto de injuria dirigido contra un funcionario público, más que un simple atentado contra la persona de este, era considerado un atentado contra el “honor” o el “decoro” de la función pública. Por esto también la sistemática de los delitos contra la administración pública tenía ciertas peculiaridades que hoy en día nos parecen inexplicables. Así, tendía a absorber una serie de figuras que ahora se consideran que atentan contra otros bienes jurídicos; p. ej. el “ejercicio ilegal de una profesión” (arts. 363 y s. CP), figura que, en realidad, tiene que ver con el ejercicio de la profesión, aunque, bajo la lógica de la concepción antigua, era vista como un atentado contra el monopolio de las instituciones públicas de reconocer el ejercicio de las profesiones con el otorgamiento de títulos, lo cual llevaba (y lleva aún *de lege lata* en el CP peruano) a la absurda situación de dejar impune a aquel que ejerce una profesión sin tener título alguno. En la actualidad se ha cambiado de concepción pues se considera incompatible con un Estado de Derecho que la Administración Pública merezca una protección por sí misma y no en cuanto a los servicios que debe prestar a los administrados. Por eso, modernamente sólo interesa proteger su correcto funcionamiento de la Administración Pública. La protección penal de este bien jurídico se da a través de diversos tipos penales que, en concreto, reprimen conductas que atenten contra alguno de los aspectos que posibilitan este correcto funcionamiento (o sea, los “objetos de protección”); p. ej. en el “cohecho pasivo propio” (art. 393 CP) se trata de proteger la “imparcialidad” y “legalidad” en el ejercicio de la función; en el “peculado” (art. 387 CP), el “patrimonio” de la Administración Pública; en la “usurpación de funciones” (art. 361), la “legalidad del ejercicio funcional”, etc. Es decir, mientras existe un bien jurídico tutelado, propio de todos los delitos contra la Administración Pública, el cual alberga

que se encuentran sujetos, principalmente, por los deberes de probidad y lealtad¹¹¹.

Con relación a este tema, Millán sostiene que el bien jurídico tutelado es la "Administración Pública en lo relacionado con el cumplimiento de sus fines con sujeción a principios rígidos de moralidad, imparcialidad y decoro"¹¹².

A criterio de Soler, "el objeto tutelado por este delito es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño

una serie de "objetos de protección" que son directamente atacados por las conductas ilícitas. Esta precisión se basa en una distinción entre "bien jurídico" y "objeto de protección" que, con algunas diferencias terminológicas, puede considerarse dominante en la doctrina actual que parte de la teoría de bienes jurídicos. Por supuesto que este cambio de concepción sobre el concepto "Administración Pública" trae algunos problemas en la aplicación de tipos penales ya vigentes y que fueron introducidos bajo la concepción ya superada. En estos casos, se tiene que producir una reinterpretación en el sentido garantista indicado. Por ejemplo, los problemáticos tipos penales ya aludidos de "desacato" y "usurpación de insignias" tienen que interpretarse en el sentido de que solamente serían punibles aquellas conductas que muestren algún grado de lesividad para un "objeto de protección" del bien jurídico. Luego, en el "desacato" no bastará con un mero "atentado contra el honor" de la persona del funcionario público (para tal caso ya existen los tipos de delitos contra el honor), sino que se deberá ser de tal gravedad que afecten de algún modo el "ejercicio ordenado y tranquilo" de la función pública. Y tampoco bastará con una mera "ostentación pública" de distintivos propios de una función pública si esta no es idónea para sugerir en el público la legitimidad de tal ostentación. En el caso mencionado del "ejercicio ilegal de la profesión", la interpretación solamente se puede dar en el sentido de que se trata de un atentado contra la "fe pública"; por lo tanto, la lesividad de las conductas debe verificarse en el sentido de que el sujeto no reunía las cualidades "materiales" para el ejercicio (y no solamente se trata de infracciones formales); el vacío existente (la impunidad del ejercicio de una profesión sin "título" alguno) tiene que ser llenado por la vía legislativa.

¹¹¹ CNCP, Sala IV, 7/7/99, "W. E.", JA, 2000-III-745; CNFed. C. Correc., Sala I, 4/7/88, "S. K. C. E.", JA, 1989-III-533.

¹¹² MILLAN, Alberto S., "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en *Doctrina Penal*, p. 28. En igual sentido, la CNCCorr., Sala I, 18/9/96, en autos "W., C.", JA, 1998-II-266.

de las funciones de la Administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad”¹¹³.

Por su parte, Núñez señala que “el Capítulo VIII del Título ‘De los delitos contra la Administración Pública’ resguarda, por un lado, la fidelidad funcional pública en contratos y operaciones realizados entre la administración pública y terceros. Por otro lado, resguarda la fidelidad de las personas particulares que intervienen en la tasación, partición, adjudicación o administración de bienes también particulares. En ambos casos lo punible no es un acto de fraude patrimonial o su intento, sino en sí mismo, por los peligros que implica, el simple acto del agente de tomar interés ajeno al de la administración pública o al del particular en cuyo interés obra”¹¹⁴.

De otra parte, Terragni ha señalado: “La ley procura que las funciones de Administración, por ella indicadas, sean cumplidas separando los intereses generales de la comunidad de los particulares de los agentes. Se trata del fiel, correcto e imparcial cumplimiento de las tareas de la Administración en sentido amplio, manteniendo de esa forma el prestigio de las instituciones. Se defiende la necesidad de que los órganos estatales actúen imparcialmente, y al mismo tiempo, de que tampoco se creen sospechas de parcialidad; y más que parcialidad, de deshonestidad”¹¹⁵.

Así en este sentido, el mismo Terragni señala que “el interés que la ley procura resguardar es la fidelidad y lealtad de las personas a las que alude, que se deben manifestar por la prescindencia e imparcialidad en el obrar”¹¹⁶.

¹¹³ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 10ª reimp., TEA, Buenos Aires, 1992.

¹¹⁴ NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba t. V, vol. II, Córdoba, 1988, pp. 128 y ss.

¹¹⁵ TERRAGNI, Marco Antonio, *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Ediciones jurídicas de Cuyo, Mendoza, 2003, pp. 267 y ss.

¹¹⁶ TERRAGNI, Marco Antonio, *Manual de Derecho Penal. Parte General y Especial*, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 984.

Por su parte, Donna considera expresamente que el “el correcto desarrollo de la actividad pública no sólo requiere que terceros ajenos a ella interfieran en forma negativa en su funcionamiento, sino que también exige, principalmente, que aquellas personas que están a cargo de la función pública actúen en forma prístina e imparcial en la elaboración, conclusión y ejecución de los contratos y demás operaciones en que les corresponda intervenir y que demanda el propio ejercicio de la función pública”¹¹⁷.

En la doctrina extranjera, a más de la conocida posición de Polaino Navarrete, que ya he desarrollado *in extenso*¹¹⁸, es de considerar lo expuesto por Serrano Gómez al afirmar “la necesidad de garantizar la imparcialidad de los funcionarios en su actuación pública y la transparencia en la celebración de contratos y otras actividades de la Administración”¹¹⁹.

Mir Puig, respecto del art. 401 del Código Penal español anterior a la reforma del año 1995 (semejante al art. 240 de nuestro Código Penal), señala que “el bien jurídico protegido es preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver, garantizar su interés en las contratas en particular”¹²⁰.

Confirma Aboso que esta exégesis es la aceptada comúnmente por los autores nacionales¹²¹. Por su parte, Villada estima que el bien jurídico protegido consiste en la exigencia genérica de que “observe una conducta tal que toda intervención que realice al respecto sea irreproachable, transparente,

¹¹⁷ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal*, t. III, pp. 359 y ss.

¹¹⁸ POLAINO NAVARRETE, ob. cit., pp. 431 y ss.

¹¹⁹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal, Parte especial*, Dykinson, Madrid. 2001, pp. 795 y ss.

¹²⁰ MIR PUIG, ob. cit., pp. 352 y ss.

¹²¹ DONNA, ob. cit., p. 314; SANCINETTI, Marcelo A., “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, en *Doctrina Penal*, año 9, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 72; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. VII, p. 334; SIERRA, Hugo Mario, “El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, en *LL*, 2000-E-1129, Doctrina.

insospechable y esencialmente prescindente de sus intereses particulares”¹²².

En definitiva, la doctrina sostiene que la imparcialidad de los funcionarios públicos en el manejo de las cuestiones públicas sometidas en el marco de su competencia resulta ser el interés penalmente tutelado por la figura de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas.

Y puede concluirse entonces que las diversas opiniones sustentan la idea de que la probidad y la lealtad deben ser las notas comunes que caractericen al ejercicio de la función pública. Todo apartamiento de estas reglas cardinales por parte del funcionario público implicaría un ejercicio “abusivo” del cargo público, sin necesidad de asociar a esta exégesis el requisito del ilegítimo beneficio patrimonial del agente.

En cambio, algunas otras sentencias consideraron que el bien jurídico tutelado es el “prestigio de la Administración” o “el interés del Estado en el fiel y debido cumplimiento de las funciones de la Administración en sentido amplio: de modo tal que la conducta de sus funcionarios no sólo esté claramente orientada en un sentido imparcial sino que se encuentre fuera de cualquier sospecha de parcialidad”.

Aboso critica dicha postura, y objeta la identificación del bien jurídico protegido con el “prestigio” de la Administración Pública. A su criterio, ello es una ficción y el Derecho penal no puede trabajar con ficciones¹²³.

El prestigio de la Administración Pública no puede constituirse sin más en un interés tutelable, por cuanto este atributo de buen nombre de la Administración Pública, hoy en día severamente cuestionado por la sociedad, puede no pertenecer a la realidad y resultar directamente un deseo compartido, una meta alcanzable, pero nunca integrar *per se* un valor ético-jurídico que justifique la amenaza de pena.

¹²² VILLADA, Jorge L., *Delitos contra la función pública*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 455 y ss.

¹²³ ABOSO, Gustavo, “Delitos contra la Administración Pública”, en *Revista de Derecho Penal*, año 2004-I, dirigida por Donna, Edgardo, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 51-59.

Esta circunstancia de identificar al bien jurídico con la "apariencia de integridad de la Administración Pública" no es una cuestión ajena a otros sistemas jurídicos.

Así, se ha citado un precedente de la Corte Suprema canadiense, en el cual se debatió el contenido y alcance de la tutela proporcionada por la figura de la corrupción. La mayoría de los integrantes afirmaron que el objetivo crucial del delito no es simplemente preservar la integridad del gobierno, sino también preservar la apariencia de integridad; entendiendo que puede causar un perjuicio contra la integridad del gobierno cuando los funcionarios reciben beneficios, incluso en ausencia de un motivo ilícito¹²⁴.

La posición minoritaria sostuvo, por su parte, que la importancia del delito radica en "garantizar la integridad de sus funcionarios".

Tal como señala Aboso, las distinciones marcadas por ambas posturas son indudablemente significativas.

La posición mayoritaria entiende que el objeto de tutela es la integridad de la Administración Pública que incluye la mera "apariencia" de esta cualidad. No parece ser otro el interés necesitado de protección penal: la apariencia de integridad ética del Estado. Ni puede ser otra la interpretación cuando se afirma en la sentencia que el crimen se relaciona con el comportamiento del agente que debe ajustarse al código de ética de una sociedad, pero lo preocupante es el esfuerzo por mantener sin fisuras un aparente velo de integridad ética en el ejercicio de la función pública.

Así, entonces, se desdibuja la regla de comportamiento de la norma y se vacía de contenido apto para guiar las conductas de los funcionarios públicos.

En cambio, desde una perspectiva personal, la minoría identifica correctamente –a criterio de Aboso¹²⁵– el bien jurídico tutelado penalmente con la integridad ética de sus miem-

¹²⁴ "R. c/Hinchey" (1996), 3 R.C.S. 1128. En igual sentido, "R. c/ Vander Zalm (1992) B.C.J. n° 1390 (S.C.); Supreme Court of British Columbia 26/3/00.

¹²⁵ Aboso, "Delitos contra la Administración Pública", pp. 51-59.

bros, es decir, parte desde una postura personalista del bien jurídico y coloca a la persona en el centro de esta tutela. La importancia de la integridad de la Administración Pública en el manejo de los asuntos públicos está dada por la actuación correcta y desinteresada que debe guiar a sus integrantes, vale decir, el bien jurídico protegido se relaciona con la actuación ética de los funcionarios en la esfera de los asuntos públicos.

Esta contraposición entre las dos tesis permite comprender cabalmente los puntos de vista dominantes de la discusión que se viene desarrollando desde hace décadas en el seno de la doctrina penal. Mientras algunos sostienen que el bien jurídico debe ser concebido, modelado, desde el punto de vista del Estado, otros participan de la idea antropocéntrica del bien jurídico y la necesidad de su protección penal como instrumento para el desarrollo de los planes de vida de las personas.

El problema radica en el propio objeto de tutela de la "Administración Pública". En este punto, los autores atienden, por lo corriente, al aspecto global de este bien jurídico que se identifica con el normal y correcto desarrollo de las funciones sociales que cumple el Estado. Sin embargo, los preceptos penales enumerados dentro de esta planificación genérica atienden a las relaciones internas que median entre los funcionarios públicos y el ejercicio de esa función pública. En este aspecto interno debe detenerse realmente el estudio del contenido del bien jurídico en esta clase de delitos. En esta vinculación jurídica entre el funcionario público y la función que cumple el Estado dentro de una sociedad pluralista, la persona es el centro del sistema y no su contorno.

A partir de allí, entonces, corresponde intentar delimitar con mayor precisión cuál es la esencia del interés jurídico protegido penalmente.

Todas las infracciones previstas en el Título XI del Código Penal argentino protegen de forma amplia el correcto desarrollo de la Administración Pública en su acepción más extensa. Las conductas ilícitas deben provenir, en su mayor parte, de funcionarios públicos que, por su posición dentro de la Administración Pública y el encargo privativo del manejo de la cosa pública, son las personas mejor ubicadas en relación con este bien jurídico para lesionarlo.

Los sujetos pasivos de esta especie de delitos se encuentran obligados a observar un cierto número de deberes especiales íntimamente ligados con el ejercicio de la función pública. Precisamente la infracción de estos deberes especiales, que marcan el correcto desempeño de la función pública, es el contenido de lo injusto de esta clase de delitos de carácter especial.

En el caso de la figura de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, el deber de fidelidad en la observancia prioritaria de los intereses públicos se erige como el prototipo del bien jurídico protegido. Así, el funcionario público que viola este deber al priorizar otros intereses, sean propios o ajenos, en perjuicio de los intereses públicos que debe cuidar, comete este delito. Esta inobservancia funcional en el manejo de la cosa pública es la lesión concreta al bien jurídico intermedio de la Administración Pública.

Conforme lo expresa Manuel, “como corolario se puede establecer que la norma reprime la coincidencia de intereses del funcionario y de la Administración Pública, perfeccionándose el reproche cuando el funcionario público demuestra un interés particular, lo que hace inocultable la falta de imparcialidad en las funciones que debe cumplir sin que llegue a exigirse la concurrencia de un perjuicio potencial o real”¹²⁶.

7. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

La acción típica normada y rectora es la de “interesarse” con miras de un beneficio propio o de un tercero en cualquier contrato u operación que el funcionario intervenga en razón de su cargo. En este sentido, Estrella/Godoy Lemos, considera que existe en el funcionario un desdoblamiento actuando como interesado y a su vez como funcionario público. Los autores destacan que “A los fines del tipo no basta que el autor pretenda sólo favorecer al tercero, se requiere que sea parte de la negociación”¹²⁷.

¹²⁶ MANUEL, Roberto, en *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, Riquert, Marcelo (dir.), t. III, Erreius, Buenos Aires, 2018, p. 2027.

¹²⁷ ESTRELLA, Oscar Alberto - GODOY LEMOS, Roberto, *Código penal (Parte especial. De los delitos en particular*, t. 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 432.

Además, Soler considera que la existencia de una situación simultánea de parte y de funcionario resulta independiente de un interés contrapuesto entre el Estado y el particular. Pone como ejemplo la circunstancia de que “un sujeto haga suministros, como proveedor, más baratos que los ofrecidos por otros. Ello no obstante, si ese proveedor es al mismo tiempo el funcionario encargado de la proveeduría el hecho constituye negociación incompatible”¹²⁸.

Por lo cual, en lo que hace al tipo, no alcanza con el hecho de que el autor pretenda el favorecimiento de otro (tercero), es necesario que sea parte de la negociación que se realiza¹²⁹.

La conducta que resulta punible, como claramente señala Creus, es la de “interesarse” en un contrato u operación, ello implica hacer intervenir en estos (contratos u operaciones) un interés propio y a su vez particular¹³⁰. El término “interesarse” puede entenderse, como considera Creus, criterio que comparto en “volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa, querer que aquel asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros”¹³¹.

En lo que hace a la naturaleza del interés, en la doctrina se dan claramente dos tendencias: por un lado, los italianos admiten, como bien dice Soler, un concepto amplio de interés que no se queda en lo puramente patrimonial; en la doctrina francesa y conforme emerge de su texto legal, exige un “interés” de tipo pecuniario¹³².

En Argentina, Soler es de la opinión, siguiendo a la doctrina francesa, de que debe tratarse de un interés de tipo económico, lo que es deducido no solamente de las expresiones

¹²⁸ SOLER, ob. cit., p. 246.

¹²⁹ Cfr. ESTRELLA - GODOY LEMOS, ob. cit., p. 432.

¹³⁰ Cfr. CREUS, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 371.

¹³¹ Ibidem.

¹³² Ídem, p. 247.

“contrato u operación”, sino de la designación que se hace del capítulo cuando se utiliza el término “negociación”¹³³.

Aunque la doctrina mayoritaria sostiene que el carácter del interés que tiene el funcionario (agente) debe ser necesariamente de naturaleza económica, esta opinión no resulta uniforme, toda vez que siguiendo a la doctrina italiana entienden algunos doctrinarios que para la configuración del tipo “basta la injerencia de un interés particular cualquiera sea la naturaleza”¹³⁴. Así, Creus considera que el “interés” particular insertado en el negocio debe tener a su vez contenido de carácter económico, independientemente de la finalidad ulterior del autor¹³⁵.

Por su parte, Sancinetti propone una interpretación que puede tomarse como extensiva del término “se interese”, no limitando el término al interés personal, sino también el provecho que se obtiene de la Administración Pública o el aprovechamiento de la misma, en beneficio ilegítimo del autor (funcionario) o de un tercero¹³⁶.

En lo personal coincido con Sancinetti, en cuanto a que si bien la doctrina mayoritaria mantiene que el carácter del interés que debe tener el sujeto activo de este ilícito debe tener naturaleza económica, el mencionado interés a que refiere la figura no se limita sólo al económico. Ello lo entendemos toda

¹³³ Ibidem. En el mismo sentido, Estrella - Godoy Lemos. En la jurisprudencia italiana, tal como sostiene Sancinetti (ob. cit., p. 882), se ha admitido que la injerencia de cualquier interés no administrativo realiza el tipo penal.

¹³⁴ CREUS, ob. cit., p. 299. Siguiendo a Sabattini, expresa que “es suficiente que sea una finalidad ajena a la Administración, aunque no sea estrictamente económica” (ob. cit., p. 300).

¹³⁵ Cfr. CREUS, *Derecho penal, Parte especial*, ob. cit., p. 300. Así, compartiendo con Creus, Estrella - Godoy Lemos (ob. cit., p. 433) expresan que “no obstante el contenido patrimonial del interés particular puesto de manifiesto en el negocio estatal, ello no es obstáculo para que coexista otro interés de diversa naturaleza, como, por ejemplo político, afectivo, etc.”.

¹³⁶ SANCINETTI, ob. cit., p. 886.

vez que no podría operar la limitación económica en la naturaleza del interés que muestra el funcionario.

El tipo exige dos maneras o formas de intervención personal del funcionario público en el "negocio u operación" en cuestión. En primer lugar, lo puede hacer directamente respecto del negocio en el que interviene en su carácter de funcionario, y un segundo modo de intervención puede ser acudiendo a la intervención de otra persona como interesada¹³⁷.

Como bien expresan Estrella y Godoy Lemos, actúa por acto simulado el funcionario público que hace intervenir a una persona jurídica inexistente, aclarando que el tercero interpuesto es sancionado de acuerdo con las reglas de la participación criminal¹³⁸.

El tipo especifica cuál debe ser el acto en el cual debe centrar el funcionario su interés. No debe ser cualquier acto de la Administración, sino que se refiere a "contratos u ope-

¹³⁷ Así opina Creus, seguido por DONNA y ESTRELLA - GODOY LEMOS, ob. cit., pp. 321 y 433, respectivamente. En lo que hace a la intervención por persona interpuesta, Donna aclara que esta persona "aparezca frente a los demás como portadora de un interés personal sobre la realización de un negocio u operación, cuando en realidad, esta actúa motivada por el interés del agente en el desarrollo y conclusión del negocio en el cual interviene por su calidad y función" (DONNA, ob. cit., p. 321). En este sentido también es muy claro Núñez cuando expresa que "el funcionario o el asimilado a él puede interesarse en el contrato u operación no sólo en forma personal o por mandatario (directamente), sino también a través de un personero, es decir, de un tercero que aparente obrar por su propia cuenta y riesgo pero que, en realidad, actúa por el funcionario o asimilado (persona interpuesta); o puede hacerlo por acto simulado" (NÚÑEZ, ob. cit., p. 130).

¹³⁸ ESTRELLA - GODOY LEMOS, ob. cit., p. 434. Soler observa que "El interés tomado debe ser personal, aunque no es necesario que la operación se efectúe directamente, antes al contrario, la ley con criterio que responde a lo que más frecuentemente ocurrirá, se refiere al acto simulado y a la persona interpuesta. En ambos casos se trata, en el fondo, de una vinculación, pues la persona interpuesta no es en definitiva, sino una simulación parcial del negocio, que recae sobre los otorgantes, de manera que aparece como interesado un sujeto que, en realidad, no lo es, o no lo es en la extensión declarada o supuesta por el contrato" (SOLER, ob. cit., p. 247).

raciones". Sancinetti no comparte la limitación efectuada por la doctrina argentina en lo referente a limitar el interés solamente a los contratos u operaciones ¹³⁹.

Cuando el tipo se refiere a contratos, se aplica lo dispuesto en el art. 957 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en tanto que las operaciones son las disposiciones de carácter económico en donde la Administración actúa a título singular, ejemplos de ello pueden ser la subasta de elementos secuestrados, una licitación, etc.

Como expresa Donna, la ley prevé como medio de comisión el llamado acto simulado, entendiendo este como la ausencia de relación entre la voluntad que se manifiesta y la real voluntad del agente ¹⁴⁰.

Fontán Balestra considera que el acto simulado es aquel que "contiene una dirección deliberadamente discordante de la voluntad real, a fin de producir la simple apariencia de un negocio jurídico o de ocultar mediante el negocio aparente aquel efectivamente querido" ¹⁴¹.

¹³⁹ Expresa Sancinetti que "La jurisprudencia italiana, por ejemplo, ha admitido siempre que la injerencia de cualquier interés no administrativo realiza el tipo penal. La doctrina argentina ha dado, sin embargo, también en este punto una respuesta restrictiva (especialmente Soler), sobre la base de que la ley argentina se refiere a contratos u operaciones, en tanto el Código Penal italiano menciona a cualquier acto y también, en razón de que el segundo párrafo del artículo 265, que extiende la responsabilidad a los albaceas y síndicos, se refiere siempre a operaciones de carácter económico. En verdad -continúa Sancinetti-, estos argumentos serían insuficientes, por sí solos, para aceptar esa restricción, porque el hecho de que el acto administrativo deba ser un contrato u operación de contenido económico, no se deriva de que el interés perseguido deba tener igual naturaleza. También en un contrato se puede actuar en virtud de un interés espurio no administrativo que no sea de contenido económico y quedar la Administración tan afectada como si se tratara de un interés económico" (SANCINETTI, ob. cit., p. 882).

¹⁴⁰ DONNA, ob. cit., p. 322.

¹⁴¹ FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, t. VII, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 297.

La norma en estudio busca la imparcialidad de funcionarios públicos en los contratos u operaciones que pueden llevarse adelante legítimamente, no cuando se está frente a actos ilegítimos, en donde el funcionario puede quedar comprendido en otros delitos¹⁴².

Coincido con Donna en cuanto a que debe haber una coexistencia para la configuración de la acción típica, del ejercicio del cargo por parte del funcionario y la negociación, puesto que de lo contrario la conducta sería atípica¹⁴³.

En opinión de Manuel, el resguardo de “la imparcialidad, que es el fundamento de la norma en análisis, sólo resguarda a los actos legítimos, quiere decir, a aquellos que se elaboran y cumple de conformidad con las normas vigentes. Además es condición indispensable para la configuración del ilícito la coexistencia de la negociación con el ejercicio en el cargo del funcionario público”¹⁴⁴.

La intervención del funcionario en el contrato u operación debe serlo en razón de su cargo. Ello implica que debe existir una relación funcional con la “negociación” y en ella el agente debe intervenir en su calidad de funcionario. Creus es muy claro cuando opina que debe tratarse de “un negocio en que el funcionario deba –o por lo menos pueda–, formalmente, desplegar a su respecto una actividad administrativa, que integre los niveles decisorios o sirva para completarlos legalmente...”, de otra manera no resultaría posible sostener el desdoblamiento del funcionario¹⁴⁵.

¹⁴² Cfr. CREUS, ob. cit., p. 374. Menciona que, tal como sostiene la jurisprudencia, el art. 265 no “sanciona negocios prohibidos sino negocios incompatibles con la función pública” (ob. cit., p. 375). Donna coincide con Creus cuando considera que “la tutela de la imparcialidad que persigue el tipo penal sólo se refiere a actos legítimos, es decir a aquellos que se elaboran y ejecutan de acuerdo a las normas aplicables vigentes” (DONNA, ob. cit., p. 323).

¹⁴³ DONNA, ob. cit., p. 322.

¹⁴⁴ MANUEL, ob. cit., p. 2028.

¹⁴⁵ CREUS, ob. cit., *Delitos contra la Administración pública*, p. 375.

8. ELEMENTOS TÍPICOS SUBJETIVOS

Se trata de un tipo doloso, por lo que requiere que el funcionario público actúe con conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y con voluntad de realización de ellos. El agente debe perseguir en la negociación un interés personal o de un tercero. Por ello el dolo exigido debe ser directo. No resulta requisito del tipo que el interés del agente sea de carácter económico. No es necesario tampoco para la configuración del tipo legal establecer la finalidad que persigue el agente¹⁴⁶.

Nótese que además del dolo, la figura requiere la presencia de un elemento subjetivo distinto del dolo: este elemento se encuentra dado por la finalidad que debe buscarse mediante la actuación interesada del funcionario.

Así las cosas, el tipo penal analizado se integra en su aspecto objetivo como el actuar del funcionario en ejercicio de las funciones asignadas, y el aspecto subjetivo –que a la vez comprende, en esencia, al contenido injusto de la figura en análisis– por el conocimiento de que quien actúa lo hace interesadamente, es decir con desviación de poder, persiguiendo una finalidad de beneficio para sí o para otro, condicionando la voluntad negocial de la Administración según el interés no administrativo¹⁴⁷.

Así, entonces, de lo que se viene de decir, existiría en este caso un especial elemento subjetivo del tipo penal que está comprendido a la vez en la modalidad verbal elegida por el legislador. Este elemento resultaría ser la desviación del poder a la vez calificada por la inserción de un interés de aprovechamiento en la negociación direccionado a la obtención de beneficios propios o ajenos¹⁴⁸.

9. AUTORÍA

Nos encontramos frente a un delito especial propio. Donna señala que, además de tratarse de un delito especial propio,

¹⁴⁶ DONNA, ob. cit., p. 324.

¹⁴⁷ COLOMBO, Marcelo - HONISCH, Paula, *Delitos en las contrataciones públicas*, Ad-Hoc, 2012, p. 160.

¹⁴⁸ Cfr. COLOMBO - HONISCH, ob. cit., pp. 160-161.

debe ser realizado dentro de una competencia “y en el contrato o negociación en que interviene”. Asimismo, aclara que “para los que entienden que se trata de un delito especial que hace poco operativo el criterio del dominio del hecho, se impone, en este caso, el deber especial que tiene el autor como criterio aceptable de este supuesto”¹⁴⁹.

Según Creus, autor del delito es el funcionario o empleado público que tiene competencia necesaria para intervenir en la “negociación”¹⁵⁰, por lo cual el funcionario debe intervenir en razón de su cargo.

Más allá de la definición de funcionario que efectúa el Código Penal argentino en su art. 77: “Por los términos ‘funcionario público’ y ‘empleado público’, usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”, Ranieri extiende el concepto de funcionario, en cuanto considera “funcionario público” al empleado del Estado o de otra entidad pública, o también la persona, aun privada, que desarrolla su actividad para proveer a la satisfacción de las necesidades del Estado o de otra entidad pública, sea como fin inmediato, por ejemplo la actividad legislativa y judicial, sea como fin mediato, por ejemplo la actividad administrativa; por consiguiente considera que son funcionarios públicos, en cuanto atañe a la ley penal, no sólo los sujetos que desarrollan una función en el ámbito legislativo (por ejemplo, senadores, diputados) o de la jurisdicción (*v.gr.*: magistrados, secretarios, funcionarios judiciales, testigos, peritos, etc.), sino también los sujetos, ya sean órganos del Estado o de otras entidades públicas, ya sean personas privadas que desarrollan una función en el ámbito de la Administración, con tal que esté dirigida a proveer a las necesidades de la vida del Estado o de otra entidad pública (por ejemplo, prefectos, alcaldes, militares, agentes de la fuerza pública, etc.), considerando también

¹⁴⁹ DONNA, ob. cit., p. 325.

¹⁵⁰ CREUS, *Derecho penal (Parte especial)*, cit., t. 2, p. 301.

que se encuentran equiparados los particulares que ejercen funciones públicas¹⁵¹.

10. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Existen sobre este punto dos opiniones bien diferenciadas en cuanto a la admisión o no en el delito analizado de la posibilidad de la tentativa.

El delito se consuma con la acción de interesarse, ello implica que el funcionario debe intervenir en razón de su función y como parte privada en el contrato u operación, encontrándonos ante el desdoblamiento del funcionario.

Creus manifiesta con claridad que el funcionario debe intervenir como parte privada. "No constituye tal intervención la sola manifestación de interés, sino la asunción del carácter de parte"¹⁵². Así considera que la tentativa no resulta posible.

Núñez, por su parte, sostiene que el delito se consuma con el hecho de inmiscuirse como parte privada en el contrato u operación en que el autor ya interviene como funcionario. Comparto con el autor la opinión de que la tentativa resulta posible, y esta se daría cuando el autor, sin lograrlo, realiza actos ejecutivos a fin de tomar parte en el contrato u operación¹⁵³.

11. AUTORES DE NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES POR EQUIPARACIÓN

La ley 25.188 expresa: "Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales".

Si bien los sujetos enumerados por la ley que modificó el art. 265 analizado no revisten la condición de funcionarios, desempeñan oficios de naturaleza pública respecto de los bienes de otros (terceros)¹⁵⁴.

¹⁵¹ RAINERI, Silvio, *Manual de Derecho penal*, t. III, Temis, Bogotá, 1975, pp. 237-238.

¹⁵² CREUS, ob. cit., p. 301.

¹⁵³ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, p. 132.

¹⁵⁴ ESTRELLA, Oscar Alberto - GODOY LEMOS, Roberto, *Código penal, Parte especial, De los delitos en particular*, cit., p. 434.

Se ha estimado que la función que cumplen los autores equiparados debe ser garantizada por las seguridades exigidas al Estado mismo, en virtud de surgir la función de la imposición de la ley y por la existencia de una gestión previa ¹⁵⁵.

En este caso también la acción típica es la de “interesarse” por parte del agente en el asunto (negociación) que participa en la calidad enunciada en la ley.

El problema que se presentaba y que produjo discusión en la doctrina era el término “hubieran intervenido” que contenía la antigua redacción del art. 265 del Código sustantivo. Así, Estrella y Godoy Lemos interpretaban que la intervención como parte interesada particular por parte de los peritos y contadores debía ser posterior a su intervención judicial ¹⁵⁶.

Por su parte, Núñez sostenía la posición contraria, ya que consideraba que no se refería a una “intervención” ya terminada, sino ya iniciada, subsistente y concomitante con el cargo que desempeñaba el agente ¹⁵⁷.

La ley 25.188 incluyó en la disposición a los árbitros, amigables componedores y a los liquidadores y suprimió el carácter de “particulares” que asignaba a los peritos y contadores. Del mismo modo eliminó la limitación que contenía con relación a estos últimos en el sentido de que ella les era aplicable “respecto de los bienes en cuya tasación, partición o adjudica-

¹⁵⁵ DONNA, ob. cit., p. 328.

¹⁵⁶ Se expresa por parte del autor, quien resume las posiciones sostenidas por Fontán Balestra y Soler. En particular Soler expresa que “La disposición no sólo es aplicable a los funcionarios públicos, sino también a las personas especificadas en la segunda parte, respecto de las cuales rigen los principios generales explicados. La ampliación, que también proviene del Código español, no resulta muy clara en cuanto a los términos temporales fijados para los peritos y contadores particulares. En estos en efecto, a diferencia de la figura básica, la función de tasación se supone pasada y concluida (“hubieran intervenido”). Será preciso entender que la prohibición se refiere a las negociaciones siguientes a la tasación, partición o adjudicación, salvo el caso de persona interpuesta.

¹⁵⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 129. Aclara también que “la criminalidad de los hechos castigados por el art. 265 atiende a la doble calidad de mandatario e interesado en el asunto”.

cación hubieren intervenido” para reemplazarla, con respecto a todas las personas que se mencionan en la norma, por la más genérica “con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales. Así, al suprimirse la calificación de particulares que se asignaba a peritos y contadores, desaparece cualquier duda acerca de que sólo están comprendidos en la extensión de la autoría quienes han sido designados judicial o administrativamente, razón por la cual cumplen funciones de carácter público conforme al art. 77 del Código Penal, en cuanto participan ‘accidentalmente del ejercicio de funciones públicas por nombramiento de autoridad competente’”¹⁵⁸.

Pueden ser autores del delito las personas mencionadas específicamente en la norma penal y que reúnen las cualidades especiales exigidas por el tipo, es decir, árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores.

Por otra parte, al sustituir la nueva ley la expresión “hubiesen intervenido”, que aludía al pasado, se eliminan los interrogantes interpretativos que la mencionada expresión suscitaba y, por lo tanto, cualquiera sea el tiempo en que los autores especiales a que se refiere la segunda parte del artículo tomen interés en el asunto que se les encomendó, cometerán el delito. En lo temporal, pues, basta con que se hayan dado comienzo a las labores propias del cargo¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Cfr. FONTÁN BALESTRA - LEDESMA, ob. cit., p. 316. En este sentido y en cuanto al término funcionario, que en el Derecho Penal español guarda similitud con la definición dada por el ordenamiento sustantivo argentino. Así lo expresa Vázquez-Portomeñe Seijas, al referirse al carácter público del agente, considera que “con aisladas excepciones, la doctrina y la Jurisprudencia ponen en conexión la fórmula legal ‘carácter público’ del artículo 22.7^a con la cláusula normativa contenida en el artículo 24.2 CP: ‘Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas’” (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7^a del Código Penal)”, n° 33, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 22).

¹⁵⁹ Cfr. FONTÁN BALESTRA - LEDESMA, ob. cit., p. 317.

Se ha delimitado en la doctrina, clara y acertadamente, a los árbitros de los amigables componedores. Los primeros son los terceros que intervienen a pedido de las partes en conflicto, a fin de arreglar sus diferencias, y con los elementos que estas les arriman elaboran un laudo arbitral (sentencia) vinculante para ellas.

Mientras que los amigables componedores son los terceros que tratan de acercar a las partes en conflicto, y con el fin de que negocien, arreglen y solucionen sus controversias pueden proponer formas de solución, pero sus propuestas no son vinculantes para las partes”¹⁶⁰.

En virtud de la función jurisdiccional que cumplen ha sido más que ajustada jurídicamente, la inclusión de los árbitros y amigables componedores realizada por la reforma. Conforme con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, toda cuestión entre las partes, excepto las que no pueden ser objeto de transacción, puede ser sometida a la decisión de jueces árbitros (arts. 736, 737 y ss.) o amigables componedores¹⁶¹.

En referencia al concepto “peritos”, hay que remitirse a los ordenamientos adjetivos (Códigos procesales); los contadores, por su parte, son quienes tienen título de tales expedidos por autoridad competente o convalidados por esta, en tanto que los “tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, son los considerados tales por las leyes civiles y comerciales”¹⁶².

El delito de negociaciones incompatibles ha sido identificado como una figura residual a utilizarse frente a las dificultades probatorias que se evidencian en relación con otros delitos contra la administración pública¹⁶³.

En efecto, se advierte que este delito quedaría desplazado en supuestos en que el interés tomado por el funcionario configure un cohecho (art. 256) o un supuesto de defraudación en perjuicio de la Administración Pública (art. 174, inc. 5°).

¹⁶⁰ DONNA, ob. cit., p. 329.

¹⁶¹ Cfr. FONTÁN BALESTRA - LEDESMA, ob. cit., p. 317.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ SANCINETTI, ob. cit., p. 72.

En cambio, se entiende que si el interés que se toma en la negociación implica la utilización de un dato o información de carácter reservado (art. 268 -1-), debe aplicarse el tipo aquí analizado¹⁶⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, "Tratamiento penal de los delitos contra la Administración Pública", en *Autoría y participación y la teoría de los delitos de "infracción del deber*, también en *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima, 1ª ed. 2001, 2ª ed. 2003.
- ABOSO, Gustavo, "Delitos contra la Administración Pública", en *Revista de Derecho Penal*, año 2004-I, dirigida por Donna, Edgardo, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 51-59.
- ALEGRE ÁVILA, Juan M., "Incompatibilidades en el ejercicio de la función", en Álvarez García, F. J., *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, III, ob. cit., pp. 607 y ss.
- ARBOLEDA VALLEJO, Mario, *Código Penal y Procedimiento*, Leyer, Bogotá, 2013.
- ARROYO ZAPATERO, Luis - BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio - FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos - García Rivas, Nicolás - Serrano Piedecabras, José Ramón - Terradillos Basoco, Juan Mª (dirs.), en *Comentarios al Código Penal*, Iustel.
- BASILICO - POVIÑA - VARELA, en *Delitos contra la libertad individual*, Astrea, Buenos Aires, 2014.
- BASILICO, Ricardo - TODARELLO, Guillermo, con la colaboración académica de Noelia Matalone, *Negociaciones Incompatibles con la Función Pública*, Astrea, Buenos Aires, 2016.
- BASILICO, Ricardo A. - VILLADA, Jorge L. (dirs.), *Código Penal de la Nación Argentina Comentado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019.
- *Derecho Penal Parte Especial (Libro de Estudio)*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019.

¹⁶⁴ D'ALESSIO, ob. cit., p. 1316, con cita de Creus.

- BLANCO LOZANO, Carlos, *Derecho penal, Parte general*, La Ley, 2003.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte general*, Tecnos, Madrid, 1990, t. II.
- COLOMBO, Marcelo - HONISCH, Paula, *Delitos en las contrataciones públicas*, Ad-Hoc, 2012.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código Penal Comentado*, Bosch, Barcelona, 2004.
- CÓRDOBA RODA, Juan - GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código penal*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- CRESPO BARQUERO, Pedro, *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, coord. Ignacio Serrano Butragueño, Granada, 1998.
- CREUS, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 371.
- CUGAT MAURI, Miriam, "Negociaciones prohibidas", en Álvarez García, Francisco Javier, *Tratado de Derecho penal*, III.
- DELGADO GIL, Andrés, en *Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal*, t. III, pp. 359 y ss.
- ESTRELLA, Oscar Alberto - GODOY LEMOS, Roberto, *Código penal (Parte especial. De los delitos en particular*, t. 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comentarios al Código Penal* (dir.: Gonzalo Rodríguez Mourullo), Civitas, Madrid, 1999.
- "Delitos contra la Administración pública", en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (dir.), Civitas, Madrid, 1997.
- FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Estados, Madrid, 1965.
- FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, t. VII, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.
- GARRAUD, R., *Traité Théorique et pratique du Droit pénal français*, t. IV, 2ª ed., Sirey, Paris, 1900.

- GIMENO DE LAHOZ, Ramón - CORBELLA HERREROS, Teresa, en Ganzenmülle - Escudero - Frigola (coords.), Bosch, Barcelona, 1998.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Los delitos especiales*, BdeF-Edisofer, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- LANDECHO VELASCO, Carlos María - MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho penal español (Parte especial)*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Sistema de Derecho Penal: parte especial*. Capítulo 55, Delitos contra la Administración Pública (IX) Negociaciones y Actividades Prohibidas a los Funcionarios Públicos y Abusos en el ejercicio de su función. Disposición Común, Dykinson, Madrid, 2015.
- MILLÁN, Alberto S., "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en *Doctrina Penal*, p. 28.
- MIR PUIG, Santiago, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, José Mª. Bosch Editor, Barcelona, 2000.
- *Negociaciones prohibidas a los funcionarios*, Francisco Seix, Barcelona, 1982.
- MORALES PRATS - RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, "Solicitud sexual (arts. 443 y 444 CP)", en Álvarez García, Francisco Javier, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial*, III, *Delitos contra las Administraciones Públicas de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba t. V, vol. II, Córdoba, 1988.
- ORTS BERENGUER, Enrique, "Delitos contra la Administración pública", en *Derecho penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- OTERO GONZÁLEZ, Pilar, "Abuso de secreto o información privilegiada", en Álvarez García, Francisco Javier, *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, III, pp. 647 y ss.
- PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado*, t. II, Viuda de Perinat y Cía., Madrid, 1856.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1989.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel (dir.), *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, t. II, Tecnos, Madrid, 2011.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, en *Curso de Derecho penal español, Parte especial II*, dirigida por el Profesor Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español*, 6ª ed. actualizada, Atelier, Barcelona, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) - VALLE MUÑIZ, José Manuel (coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- RAINERI, Silvio, *Manual de Derecho penal*, t. III, Temis, Bogotá, 1975.
- RIQUERT, Marcelo A., *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, Erreius, Buenos Aires, 2018.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Código comentado y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2010.
- *Código penal comentado y con jurisprudencia*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2007.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2007.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- SANCINETTI, Marcelo A., "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en *Doctrina Penal*, año 9, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal, Parte especial*, Dykinson, Madrid. 2001.

- SERRANO GÓMEZ, Alfonso - SERRANO MAÍLLO, Alfonso, "Delitos contra la Administración Pública", en *Curso de Derecho penal, Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2012.
- SIERRA, Hugo Mario, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en *LL*, 2000-E-1129, Doctrina.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 10ª reimp., TEA, Buenos Aires, 1992.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coord.) - JUDEL PRIETO, Ángel - PIÑOL RODRIGUEZ, José Ramón, *Manual de Derecho penal*, t. II, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- TERRAGNI, Marco Antonio, *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Ediciones jurídicas de Cuyo, Mendoza, 2003.
- *Manual de Derecho Penal. Parte General y Especial*, La Ley, Buenos Aires, 2014.
- VILLADA, Jorge L., *Delitos contra la función pública*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, La Ley, Buenos Aires, 2014.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal (Parte general)*, Grijley, Lima, 2007.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003.

REALIDAD CRIMINOLÓGICA Y RESPUESTA PENAL FRENTE A LA CORRUPCIÓN PÚBLICA

MARÍA ACALE SÁNCHEZ

1. LA CORRUPCIÓN COMO FACTOR GENERADOR DE LA CRISIS ECONÓMICA

La coincidencia en el tiempo de la crisis económica que ha sufrido la sociedad y de la corrupción de la clase política ha generado frustración y desconfianza hacia el propio sistema democrático, que hoy debe soportar su descrédito y el envite en media Europa de partidos políticos cuyo andamiaje teórico en algunos casos hace peligrar por la extrema derecha el respeto de los derechos humanos y el propio concepto de ciudadanía. Es más, todo apunta a que la relación entre la crisis económica y la corrupción no es casual, sino que ambas están estrechamente relacionadas, en el sentido de que la propia corrupción espanta la inversión económica y genera aquella crisis económica que soporta la ciudadanía. En esta medida, partimos de que la corrupción es un ataque directo a la democracia.

Luchar contra ella no es tarea fácil, y se ensayan fórmulas que consigan el efecto milagroso de encapsular la que hay y evitar que surjan nuevos casos, aunque la forma más eficaz de controlarla es examinarla a la luz de los casos que van siendo conocidos, con la finalidad de estar en condiciones de descubrir otros casos que aún están sombreados. Aunque no es una tarea fácil. Lo que sí es cierto es que la magnitud de esos hechos que poco a poco van saliendo a relucir se ha convertido en el caldo de cultivo del rechazo social de estas prácticas¹.

¹ Poco a poco pues, se está cambiando el panorama de hace unos años, cuando la conciencia social era muy escasa, entre otras cosas,

Pues bien, tras años de escándalos políticos y de crisis económica, durante los cuales se ha transmitido la imagen de la política como un negocio, no como un servicio público², finalmente la sociedad española ha empezado a conocer las primeras sentencias en las que se condena la corrupción sistémica que se había enquistado en el corazón de la democracia.

En el origen de esta sensibilización social se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo 487/2014 de 9 de junio [RJ/2014/4.233], que condenó a los principales acusados en una de las ramas del “caso Malaya” por cohechos activo y pasivo y por blanqueo de capitales³, por enriquecerse per-

porque como afirmaba De La Cuesta Arzamendi, José Luis (“Iniciativas internacionales contra la corrupción”, *Eguzkilore*, 2009-23, p. 6) se trata de delitos “sin víctimas”, o con víctimas “muy diseminadas y difundidas”. Sobre la trascendencia de los supuestos de corrupción urbanística, véase JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, “Corrupción, su prevención y persecución en España”, *Jueces para la Democracia*, 2010-67, pp. 11 y ss.; ACALE SÁNCHEZ, María, “Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, *La Ley Penal*, 2007-38, cit., pp. 10 y ss.; NIETO MARTÍN, Adán, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, *Cahiers de Defense Sociale. Pur une Politique Criminelle Humaniste*, 2011-2012, pp. 58 y ss.; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, “Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate”, en Fabián Caparrós, Eduardo - Pérez Cepeda, Ana Isabel, *Notas sobre la corrupción transnacional: sus efectos y su combate*, Ratio Legis, Salamanca, 2009, p. 239.

² Este puede ser el motivo que justifique la llegada al Gobierno de países como Italia o Estados Unidos de grandes hombres de los negocios, que han aprendido política al relacionarse con los políticos de cuyas decisiones dependían sus actividades económicas.

³ La pieza separada de esta trama que más interés despertó en la sociedad española fue la juzgada en la SAP de Málaga 179/2013, de 16 de abril de 2013 [ARP/2013/1.683], en la que se sentaba en el banquillo una famosa tonadillera y cuya condena por blanqueo de capitales fue confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia 487/2014, de 9 de junio [RJ/2014/4.233]; el cuerpo principal del caso Malaya se examina en la SAP de Málaga 586/2014, de 7 de noviembre [ARP/2014/1.388].

Sobre la corrupción en Marbella, véase DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, y otros, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio en la Costa del Sol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; PRIETO DEL PINO, A.M.,

sonalmente al ritmo que iban desvalijando las arcas municipales del Ayuntamiento de Marbella⁴. La relevancia social de algunos de los protagonistas de los hechos pertenecientes al mundo del deporte, de la política o de la moda, llamó la atención de la prensa rosa, que contribuyó a destapar estos asuntos haciendo periodismo de investigación *amateur*, pero muy efectivo, contribuyendo a hacer educación social o, en términos jurídico-penales, prevención general integradora.

Más recientemente, dos han sido los casos que de manera singular han acaparado la atención pública. El primero de ellos, el caso *Noós*, en el que entre otras personas se ha condenado al cuñado del rey de España a una pena de prisión de 5 años y 6 meses como autor de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito de falsedades en documento público y con otro de malversación⁵: es la STS 277/2018, de 8 de junio. En esa misma causa ha sido absuelta de responsabilidad penal una hermana del rey, lejana sucesora a la Corona, que ha pasado sin embargo por la casi inevitable pena de banquillo, amén de ser considerada partícipe a título lucrativo y condenada a devolver la cantidad de 265.088,42 euros⁶. Junto a ambos, el funcionario público o autoridad más relevante que ha sido condenado en esta causa por delitos de prevaricación administrativa, malversación y falsificación de documento (3 años de prisión y 3 años de inhabilitación), fraude a la Administración (8 meses de pri-

Ana María, "Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol", *Cuadernos José María Lidón*, 2008/5, pp. 91 y ss.

⁴ Que se encontraban ya en pésimo estado tras el saqueo sufrido previamente a manos de otro grupo de funcionarios públicos y autoridades que años antes habían convertido las cuentas municipales y las cuentas de un famoso club de fútbol en una sola (hechos que dieron lugar a la condena a sus autores por delitos de prevaricación y de tráfico de influencias. STS 537/2002, de 5 de abril [RJ/2002/4.267].

⁵ En estos momentos cumple ya su condena en prisión.

⁶ SAP de Islas Baleares 13/2017, de 17 de febrero de 2017 [ARP/2017/99]. El Tribunal Supremo ha ratificado la sentencia con una ligera rebaja de las penas en su STS de 8 de junio de 2018.

sión y 4 años de inhabilitación), es el ex presidente de una Comunidad Autónoma⁷ que adoptaba decisiones públicas que beneficiaban económicamente al entramado societario dirigido por los principales condenados.

Y el segundo de los casos que ha acaparado la atención de la opinión pública es el *caso Gürtel*. Las caras de algunos de sus protagonistas se hicieron famosas el día en que fueron convocados a la boda de la hija de un ex presidente del Gobierno, en la que desfilaron ante las cámaras con una pasmosa seguridad, a sabiendas ellos en esos momentos de las actividades que en privado venían practicando. Las causas abiertas a los miembros de la mencionada trama son numerosas. Hasta ahora han sido dos las piezas separadas sentenciadas por la Audiencia Nacional⁸: en primer lugar, la trama madrileña ha sido condenada en la SAN 20/2018, de 27 de mayo de 2018, en la que se ha castigado a funcionarios, políticos y empresarios por su participación en la financiación irregular del Partido Popular –que ha sido condenado como partícipe a título lucrativo– por delitos de malversación, prevaricación, fraude fiscal, asociación ilícita. Casi que al mismo tiempo ha visto la luz la SAN 3/2018, de 11 de junio de 2018, en la que se castiga a los empresarios y políticos involucrados en la financiación irregular del Partido Popular de Valencia por delitos electorales, falsedades documentales, y contra la hacienda pública. El principal responsable de las empresas implicadas en la trama y cuyo apellido en alemán sirve para reconocerla, ha sido castigado en las dos piezas, lo que per-

⁷ Según los hechos probados de la sentencia, “de forma “unilateral” decidió y ordenó la contratación del Instituto Nóos para la celebración de los denominados Illes Balears Forum en 2005 y 2006, que costaron a las arcas autonómicas 2,3 millones de euros. También auspició el pago de más de 300.000 euros para el patrocinio del equipo ciclista Illes Balears – Banesto”.

⁸ El mero hecho de que sea la Audiencia Nacional el tribunal encargado del enjuiciamiento de estas dos piezas separadas de la trama Gürtel pone ya de manifiesto que se trata de delitos que han causado un resultado disperso por todo el país.

mite concluir que, en efecto, se trata de dos partes de una causa mayor aún no resulta judicialmente.

El número de personas implicadas, la distinta procedencia de las mismas del mundo de la política y/o de la empresa, el desprecio hacia lo público y, en definitiva, el ánimo de lucro –esto es, su avaricia personal y política en muchos casos– dibujan el boceto de un fenómeno criminal cuya hechura empieza ahora a ser conocida y al que es difícil ponerle coto. De ahí la importancia que tienen los estudios que tienden a esclarecer unos hechos que se han producido a la vista de todos, pero con una apariencia de normalidad democrática tan aplastante, que han eclipsado durante años cualquier sobra de duda que se ciñera sobre ella.

2. ACERCAMIENTO CRIMINOLÓGICO

El *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española define la palabra “corrupción”, en su cuarta acepción, como una “práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de una serie de organizaciones” –especialmente en las públicas– “en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”. Por su parte, centrándose ya en la corrupción “pública”, Transparency International la define de forma más amplia como “el abuso del poder delegado para beneficio propio”⁹. La similitud existente entre ambas definiciones es amplia, aunque en el primer caso se incide objetivamente en el comportamiento corrupto, mientras en el segundo se pone el acento subjetivamente en el abuso de poder, aspectos que lejos de contraponerse vienen a complementar los desvalores de acción y de resultado propios del fenómeno en abstracto.

Gramaticalmente, por tanto, se resalta que la corrupción se produce “de forma especial” en el seno de organismos públicos (Administraciones Públicas, empresas públicas), pero no impide su existencia en el seno de organizaciones de carácter privado que afectan a intereses sociales propios, aleja-

⁹ Transparency International España, *Glosario sobre Transparencia y corrupción*, p. 3 (disponible en <http://transparencia.org.es>).

dos de los de titularidad pública: se bifurca en dos pues la corrupción en atención a los intereses públicos o privados afectados¹⁰. De ambos, en este momento se va a centrar la atención en la primera, que es la que daña intereses de la misma naturaleza¹¹, a pesar de que criminológicamente sea factible establecer conexiones entre una y otra forma de corrupción, en aquellos supuestos en los que a la Administración Pública se acerque un sujeto que ha conseguido hacerse visible en su mercado después de eliminar a sus eventuales competidores a través de medios ilícitos, muchas veces constitutivos de delito. Por otra parte, no deben olvidarse los círculos de confluencia existentes entre ambas formas de corrupción. En este sentido, si bien es fácil considerar que el enriquecimiento ilegal de un funcionario público en el ejercicio de su cargo es corrupción pública y que el enriquecimiento ilegal de un empresario en su empresa es un acto de corrupción privada, nada impide que se encuentren ambos fenómenos corruptos desde el momento en que el político quiere el dinero del empresario y el empresario quiere el poder del político, poniendo con ello de manifiesto la *vis atractiva* cruzada que tiene el poder para quienes cuentan con el dinero, y el dinero para quienes cuentan con el poder. Se trata pues de fenómenos criminales que, a la vez que se requieren mutuamente, generan sus efectos con independencia del otro¹².

¹⁰ A favor de la creación del delito de corrupción privada alega NIETO MARTÍN, Adán, ("La privatización de la lucha contra la corrupción", cit., p. 71) la creciente "privatización de las funciones públicas".

¹¹ Sobre la necesidad de separar el estudio de ambas, véase ACALE SÁNCHEZ, María, "La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español", en Puente Aba, Luz María (ed.), *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*, Universidad de A Coruña, A Coruña, 2015, pp. 21 y ss.

¹² Sobre las relaciones entre la delincuencia de cuello blanco y la proveniente de los funcionarios públicos, véase ZAGARIS, Bruce, *International white collar crime*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 95 y ss.; TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, "Marco normativo internacional contra la corrupción", en Morillas Cuevas, Lorenzo (dir.)

En este sentido, cuando se analiza la corrupción pública, se comprueba que para su existencia se precisa la intervención de dos sujetos: quien tiene capacidad para adoptar una decisión en cuyo sentido se quiere incidir en el seno de una Administración Pública; y otra persona –física, que a su vez actúa muchas veces en el marco de una persona jurídica¹³– que incide en aquel mediante la entrega de una cantidad de dinero o la promesa de hacerlo, o bajo la influencia de otro tipo de relaciones personales, comerciales o políticas. Por otra parte, nada impide que esa persona sea a su vez funcionario público; ni tampoco que sea una sola persona la que interactúe consigo misma con una especie de *roll play* de “doble personalidad”: por un lado, representando a una Administración Pública y, por el otro, como particular interesado en el propio acto corrupto.

No puede desconocerse que en muchas ocasiones sus relaciones se prolongan en el tiempo, se convierten en permanentes, hasta el punto de poder hablarse de una verdadera red de delincuentes organizados que actúan en virtud de un pacto previo, expreso o tácito de distribución de funciones, que les lleva a cada uno de ellos a tener un dominio funcional sobre el conjunto de las operaciones delictivas realizadas¹⁴,

- Suárez López, José María (coord.), *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 165; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., p. 6; JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, “Corrupción, su prevención y persecución en España”, *Jueces para la Democracia*, 2010-67, p. 3; NIETO MARTÍN, Adán, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, cit., pp. 59 y ss.

¹³ Basta con una relectura de los hechos probados de la SAN 3/2018, de 11 de junio, por la cual se castiga la rama valenciana de la trama Gürtel: allí puede comprobarse cómo existía un grupo de empresas que corrían con los pagos a las sociedades de Correo de los gastos electorales devengados por el Partido Popular, a la espera de recibir posteriormente trato de favor en sucesivos procesos de adjudicación de obra pública.

¹⁴ Véase TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Criminalidad organizada y globalización”, *Revista Penal*, 2011-19, p. 95; PÉREZ CEPEDA, Ana

porque confían plenamente en las operaciones del resto: este es el motivo por el cual recurre a la teoría de la co-imputación recíproca en varias ocasiones la SAN 3/2018, de 11 de junio, para considerar coautores a distintos intervinientes que sólo realizaron parcialmente los elementos típicos de los delitos por los que han sido condenados.

3. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA VERSUS DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

3.1. *Bien jurídico protegido “Administración Pública”*

El Código de 1995 rompió con una larga trayectoria legislativa anterior que consideraba que el nexo que unía a los delitos de prevaricación, de cohecho, de malversación, etc., no era otro que la figura del funcionario público o autoridad que infringía con su actuación los deberes inherentes al cargo público¹⁵, colocando como referente de todas estas conductas su afección negativa al bien jurídico “Administración Pública”. Esto no debe hacer olvidar hoy la importancia que sigue

Isabel, “Instrumentos internacionales del Derecho penal económico”, en Serrano Piedecasas, José Ramón-Demetrio Crespo, Eduardo (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, pp. 375 y ss.; FERRE OLIVE, Juan Carlos, “Corrupción y delitos contra la Administración pública”, en el mismo y otros, *Fraude y corrupción*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, pp. 13 y ss.

¹⁵ Esta reinterpretación del núcleo de los delitos contra la Administración pública no significa sin embargo que se ignoren los deberes especiales que tienen los funcionarios públicos en el ejercicio de su función: la afección al bien jurídico función pública se lleva a cabo cuando el sujeto activo es un funcionario público que utiliza como palestra las facultades que la Administración pública ha puesto en sus manos a partir del momento de su nombramiento. La violación de esos especiales deberes es elemento que forma parte del desvalor de acción de la conducta del funcionario público. El mayor desvalor de acción –a pesar de que el desvalor de resultado sea idéntico– justifica legalmente la imposición de una pena mayor al sujeto activo funcionario que al particular, a pesar de que ambos atenten contra el mismo bien jurídico función pública.

teniendo desde el punto de vista del desvalor de acción la infracción de esos deberes inherentes al cargo público. A esta conclusión se llega a la luz del art. 65.3 del Código penal, que obliga al juez a imponer pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate “cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor”, así como en las distintas figuras delictivas del Título XIX, en las que se castiga expresamente a un sujeto que no es un funcionario público o autoridad imponiéndoles pena distinta o inferior¹⁶.

El abandono del criterio de sistematización del Código penal anterior ha determinado que haya pasado a ocupar el lugar prioritario el bien jurídico protegido, que está relacionado con los intereses materiales afectados por estas conductas¹⁷, si bien la infracción de aquellos deberes sigue siendo de una gran utilidad a los efectos de identificar el desvalor de acción en estos delitos con la idea de corrupción, esto es, con un

¹⁶ Delito de aceptación de nombramiento ilegal del art. 406, con relación a la conducta del funcionario castigada en el art. 405; infidelidad en la custodia de documentos cometida por particular del n° 2 del art. 414, en comparación con la pena que le corresponde al funcionario en el n° 1 del mismo artículo; el castigo del particular encargado accidentalmente de determinados documentos del art. 416 en comparación a la pena que le corresponde al funcionario en el delito castigado en el art. 415; la pena que le corresponde al particular autor del delito de información privilegiada del art. 418 en comparación con la que le corresponde al funcionario en el art. 417; las penas de cohecho activo del art. 424 en comparación a las penas que le corresponde al funcionario autor de cohecho pasivo en los arts. 419, 420 y 421; la pena del particular que trafique con influencias del art. 429 en comparación con la que le corresponde al funcionario en el art. 428; la pena que le corresponde al particular autor de apropiación indebida del art. 253, a la vista de lo que le corresponde al funcionario autor de malversación en los arts. 432 y ss.

¹⁷ NAVARRO CARDOSO, Fernando, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RE-CPC*, 2016-18-25, p. 12.

dolo corrupto difuso común de partida al que posteriormente se le añaden otras especificidades subjetivas y objetivas¹⁸.

Tras esta evolución hoy se parte de que el bien jurídico “Administración Pública” debe buscarse en el modelo consagrado en la Constitución, en la medida en que la tutela penal de la actividad pública no puede desvincularse del marco institucional en el que esta se lleva a cabo, si de lo que se trata es de garantizar el correcto desempeño de las funciones públicas. En este sentido, el modelo de Administración pública diseñado por la Constitución se encuentra condensado fundamentalmente en los arts. 9.1 y 3, 103 y 106, de donde ha de deducirse el bien jurídico protegido en los delitos incluidos en el Título XIX del Código penal; de ahí se desprende que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, según señala el art. 9.1, plenamente sometida a la ley, al derecho (art. 103) y con pleno respeto a los principios constitucionales que ordenan su funcionamiento: eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación; a su vez, el art. 106 establece que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.

Además, la configuración del Estado como uno de corte social hace que no pueda considerarse sujeto pasivo de estos delitos a la propia Administración Pública, sino a los administrados que ven torcidas sus legítimas expectativas cuando se relacionan con una Administración Pública que actúa de forma parcial, al impedirle u obstaculizarle el ejercicio de un concreto derecho, el disfrute de un servicio o el desarrollo de determinada actividad¹⁹. En cada uno de los delitos contra

¹⁸ El cambio se aprecia también en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

¹⁹ Afirma De la Mata Barranco, Norberto (“La lucha contra la corrupción política”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC, 2016-18-01, p. 6) que uno de los problemas por los cuales los

la Administración Pública es posible distinguir una mayor afección a una parcela, a una función o a un principio que debe inspirar la actuación de cada una de las Administraciones Públicas. De tal forma que, cuando un funcionario público o autoridad dicta una resolución arbitraria en un asunto administrativo a sabiendas de su injusticia, está afectando con ello el principio de sometimiento de la actuación de las Administraciones Públicas al principio de legalidad; cuando se dispone arbitrariamente del patrimonio público, se está afectando directamente ese “patrimonio público” que ha de perseguir los intereses generales, o cuando se admite o se solicita a un particular una dádiva por llevar a cabo una conducta o cuando se trafica con influencias se está afectando al principio de imparcialidad que debe regir la actuación de las distintas Administraciones Públicas (en el mismo o en distinto grado de peligro).

El grado de afectación al bien jurídico protegido o al concreto interés, principio o funciones públicas no puede ser igual en todos los delitos incluidos en el Título XIX; así, cuando se dicta una resolución arbitraria en un asunto administrativo se lesiona el bien jurídico protegido, mientras que, cuando prevaliéndose del cargo del funcionario se trafica o se intenta traficar con influencias, no se pone más que en peligro el principio de imparcialidad. En este sentido, si bien la identificación del bien jurídico Administración Pública nos sirve para dotar de sustantividad a las distintas figuras delictivas, así como para concretar el grado de afectación negativa castigado en cada tipo, no nos sirve para distinguir qué sea corrupción de lo que no lo sea²⁰.

delitos contra la Administración pública no reciben el reproche social que se merecen es por “la ausencia de víctima individual”.

²⁰ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) –Caso corrupción urbanística en el Ayuntamiento de Telde– 8/2014, de 3 septiembre [ARP/2015\696] afirma que el bien jurídico protegido en el cohecho es “la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado”. Y sin embargo identifica el bien jurídico protegido en el delito de

Como pone de manifiesto la lectura de la jurisprudencia, con el tiempo se ha abandonado la teoría de la infracción de los deberes inherentes al cargo público y se ha procedido a reinterpretar la prevaricación, el cohecho, el tráfico de influencias... como delitos que afectan a los administrados, que son los destinatarios de las prestaciones públicas que la Administración deja de ofrecer cuando se cronifica el cáncer de la corrupción en su organismo.

3.2. Delitos de “corrupción pública”

El Código penal carece de un concepto normativo de corrupción pública y además omite cualquier referencia a ella dentro del Título XIX, en el que se castigan los delitos contra la Administración Pública. Tampoco se usa cuando procede a castigar la financiación irregular de partidos políticos (Título XIII bis). A pesar de ello, ninguna de estas dos omisiones impide que la idea de la “corrupción” planee sobre ambas parcelas de la criminalidad. Sin embargo, el concepto no es del todo desconocido para nuestro Código pues se sirve de él para definir el delito de “corrupción en los negocios” en los arts. 286 bis y 286 ter²¹, ámbito de la corrupción privada en el que se separan, por una parte, el ofrecimiento, promesa o concesión de un beneficio o ventaja económica, del propio concepto de corrupción; no puede olvidarse el origen de este delito, que llegó al Código penal para cumplir los compromisos “internacionales” asumidos por España tras la firma del Convenio de la OCDE sobre la *Lucha contra la corrupción de*

prevaricación como “el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto que ha de estar dirigida a satisfacer los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho, de tal modo que se logre la exigencia constitucional, plasmada en los artículos 9 y 103 del texto de 1.978, de garantizar los principios de legalidad, de seguridad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

²¹ También se usa el término corrupción para calificar la conducta castiga en el art. 189.6 como delito de “corrupción de menores”, una realidad muy alejada criminológicamente a la corrupción pública.

agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 19 de diciembre de 1997, en cuyo nombre se incorporaba ya el *nomen iuris* “corrupción”, aunque evitaba definirla directamente.

A las dificultades legales para visibilizar de qué se habla cuando se habla de corrupción, se une el hecho de que dentro de la doctrina existen tantos conceptos de corrupción, como autores han pasado a analizarla²². En este sentido, debe señalarse que en un principio no era necesario proceder a señalar adjetivo alguno para calificar al sustantivo “corrupción”, pues por definición se entendía que con él se hacía referencia en el ámbito de la Administración Pública a la corrupción –también– pública. Después, una vez que la LO 5/2010 procedió a castigar el delito de corrupción privada –hoy “corrupción en los negocios”, tras la reforma operada por la LO 1/2015–, parece obligada la distinción.

Proceder a definir el concepto de corrupción a los efectos de interpretar la espina dorsal de los delitos contra la Administración Pública es una tarea que no debe ceñirse a ninguna figura delictiva en concreto, en la medida en que como se ha dicho, el Código no señala qué es la corrupción ni tampoco las conductas que han de ser consideradas como tal. De ahí que baste con atender a un concepto descriptivo de corrupción para intentar dar un concepto útil que además en momentos de crisis política tan acuciada como los actuales sirva de referente para comprender qué conductas son consideradas corruptas penalmente. En este sentido, a ma-

²² Por ejemplo, pueden verse los trabajos de DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, *Eguzkilore*, 2009-23, pp. 245 y ss.; del mismo, “La lucha contra la corrupción política”, cit., pp. 5 y ss.; VALELJE ÁLVAREZ, Inma, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, EDESA, Madrid, 1995, pp. 35 y ss.; “Visión”, cit., pp. 788 y ss.; ACALE SÁNCHEZ, María, “Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, cit., p. 30; TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, cit., p. 163.

yor amplitud del concepto, menos tolerante con la corrupción serán las instituciones.

En términos generales se entiende que es corrupta la decisión pública adoptada por parte de un funcionario público o autoridad en atención a sus intereses particulares o a los intereses particulares de un tercero y, en todo caso, de espaldas a los intereses colectivos, o dándoles prioridad a unos intereses distintos a los públicos, ya sea porque las decisiones que adoptan les benefician directa o indirectamente –a través de testaferros–, o ya sea porque afectan a los intereses de terceros que remuneran económicamente su actuación²³. Y es que, en efecto, los escándalos políticos que hemos ido conociendo durante los últimos años ponen de manifiesto que tras un funcionario público que adopta una decisión administrativa en contra de los intereses generales, hay un particular que ofrece o admite la solicitud realizada por un funcionario. En cada uno de estos casos quedan en entredicho los principios esenciales que han de regir la actuación de las distintas Administraciones Públicas: el de legalidad y el de imparcialidad en la toma de decisiones²⁴. Planteada así la cuestión, el problema que se suscita es cómo castigarlo, y a la vista de nuestro Código penal parece que la “corrupción” es más amplia que cada una de las figuras delictivas singulares, pues si bien el desvalor total del delito de prevaricación no abarca todos los elementos de la corrupción pues no incorpora como elemento del tipo la remuneración, tampoco los abarca el delito de cohecho en el que la adopción de la resolución arbitraria no es un elemento del tipo. El hecho de que en algunos delitos contra la Administración pública se exijan unos elementos y en otros, otros, hace que en la tarea judicial de subsunción de los hechos en la letra de la ley deba recurrirse con frecuencia al concurso de delitos²⁵.

²³ ACALE SÁNCHEZ, María, “Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, cit., p. 30.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ejemplos jurisprudenciales de los hechos a los que se está haciendo referencia no faltan. Así, la STS 1.440/2003, de 31 de octubre

En este sentido, aunque existe consenso en considerar constitutivos de corrupción los delitos en los que se incorpora expresamente el ánimo de lucro, también en el resto de delitos castigados dentro del Título XIX el ánimo de enriquecerse forma parte del dolo difuso que los sostiene. Y en virtud de este razonamiento, pueden considerarse constitutivos de corrupción pública aquellos delitos especiales para funcionarios públicos en los que estos venden su actuación a cambio de una remuneración económica indebida; además se incluyen aquellos otros en los que el beneficio económico no es el medio sino el fin perseguido con la actuación, así como también lo son aquellas conductas que generan un beneficio económico directo o indirecto o de otra índole para el funcionario público que actúa, o para un tercero ya sea una persona física o jurídica. Pero a la hora de enumerar qué conductas son constitutivas de corrupción pública o puede dejarse de lado también el daño que causan a la Administración Pública los terceros que con la finalidad de alcanzar beneficios personales contribuyen con el funcionario público a perfeccionar el daño. Se puede hablar de corrupción, en definitiva, cada vez que se adoptan decisiones que atienden a intereses que no son los públicos y que generan un beneficio económico para el funcionario, o para un tercero, y siempre que haya un daño a la causa pública, que se produce cuando se ve postergada a la hora de adoptar decisiones públicas. En este sentido, la corrupción pone en peligro la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado (STS 795/2016, de 25 de octubre [RJ/2016/6.439])²⁶.

[RJ/2004/1.767] castiga a un funcionario público (alcalde presidente de un municipio) como autor de un delito del art. 320 en concurso con falsedades y fraude; o la Sentencia del mismo Tribunal 867/2003, de 22 de septiembre [RJ/2003/6.477], que castiga por delito de prevaricación continuado, negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios, falsedad en documento oficial por hechos anteriores a la entrada en vigor del Código penal de 1995.

²⁶ Identifica “corrupción” y “desviación de poder”: GÓMEZ RIVERO, Carmen, “El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC, 2016-18-06, p. 3.

Desde esta perspectiva, se amplía la panoplia de comportamientos que son constitutivos de “corrupción”, a todos aquellos en los que, desde el punto de vista del desvalor de acción, se aproveche del ejercicio del cargo público para obtener un beneficio personal, desacreditando así la causa pública con su comportamiento²⁷. La corrupción es pues el efecto que se causa: no la mera acción o el mero comportamiento.

3.3. Los delitos que materializan la corrupción pública

Partiendo de este concepto de corrupción, pueden identificarse ya cuáles son los delitos que se consideran como tales, a sabiendas de que dependiendo del lugar donde se ponga el redil, será más o menos amplio en número y variada la naturaleza del fenómeno a combatir.

Pues bien, entre todos esos conceptos, existe consenso doctrinalmente en calificar como corrupción los delitos en los que media un soborno a través del cual se “compra” una concreta actuación de un funcionario público. Subraya De la Mata Barranco que ese acuerdo se lleva a cabo siempre en privado, poniendo en valor “el carácter secreto del pago”²⁸.

Si se entra ya a analizar las conductas que se castigan dentro del Título XIX, en primer lugar, hay que partir de que el delito de corrupción por excelencia es el de cohecho²⁹, en el que un funcionario público recibe o solicita una remuneración indebida por ejercer sus competencias públicas³⁰: se trata de un delito en el que el soborno es un elemento objetivo del tipo y además subjetivamente determina la actuación del

²⁷ Desde esta perspectiva cobra su sentido también el cohecho subsiguiente del art. 421.

²⁸ DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “La lucha contra la corrupción política”, cit., p. 4.

²⁹ En el mismo sentido NAVARRO CARDOSO, Fernando, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC*, 2016-18-25, cit., p. 2.

³⁰ O por haberlas ejercido, en el delito de cohecho subsiguiente del art. 421.

funcionario. Junto a él, tampoco parece existir duda alguna en torno a la consideración del tráfico de influencias como tal, en la medida en que en este caso se castiga al funcionario público o autoridad que influye en otro funcionario prevaleándose del ejercicio de las facultades del cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario para conseguir una resolución “que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico”³¹. El beneficio económico en el tráfico de influencias no es pues el medio que rige la actuación delictiva –como en el cohecho–, pero sí la finalidad que se persigue con la misma³².

En esta línea, si se entiende que la corrupción consiste en admitir un soborno por tomar una determinada decisión en el ámbito público, la malversación de patrimonio público no entraría dentro del concepto de corrupción fruto de la lectura de los delitos de cohecho y de tráfico de influencias, aunque fácilmente se constata que se trata de un delito de corrupción cuando se advierta la presencia de un funcionario que se enriquece con el patrimonio público³³.

El ánimo de enriquecerse con lo público no está tampoco fuera del ámbito de la tipicidad de las distintas modalidades de fraudes y exacciones ilegales en los que la idea de “sobor-

³¹ Como es sabido, nuestro Código sigue sin castigar al funcionario que se deja influir, no quedando otra opción para perseguirlo que esperar a comprobar si la influencia recibida da lugar a que dicte una resolución arbitraria en un asunto administrativo, de forma que se castigue como prevaricación. Incluso cabría castigar por tentativa de prevaricación el dejarse influir si existen indicios suficientes de que ha puesto en marcha su plan ejecutivo dirigido a la consumación de la prevaricación por hechos externos.

³² Ya sea porque directamente se persigue obtener una cantidad de dinero, o porque se pretende alcanzar un trato que le es favorable económicamente.

³³ Véase la SAP de Málaga (Sección 1ª) –Caso Marbella– 586/2014, de 7 noviembre [ARP 2014\1.388]. Entiende que no es constitutivo de corrupción el delito de malversación DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “La lucha contra la corrupción política”, cit., p. 10.

no” está constantemente presente³⁴. Así, el art. 436 castiga al funcionario público que interviniendo por razón de su cargo en un acto de contratación pública o de liquidación de efectos o haberes públicos, llegue a un acuerdo con los interesados o use artificios “para defraudar a cualquier ente público”. La modalidad de fraude del art. 437 castiga directamente al funcionario que exige, directa o indirectamente, derechos, tarifas o minutas “que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada”. Finalmente, el nuevo art. 438 castiga al funcionario que como consecuencia del abuso del cargo público, comete algún delito de “estafa”, en el que el ánimo de lucro es un elemento subjetivo especial o un fraude de prestaciones del sistema de Seguridad Social del art. 307 ter, obteniendo el disfrute de prestaciones por medio de mecanismos defraudatorios (simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación “consciente” de hechos de los que tenía el deber de informar, causando un perjuicio a la Administración Pública).

Dentro de los delitos de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, el art. 439 castiga al funcionario que debiendo intervenir por razón de su cargo en una serie de asuntos, “se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta”. Las conductas castigadas dentro de los arts. 441 y 442 tampoco desconocen ese enriquecimiento del sujeto activo a costa de lo público al castigar al funcionario que fuera de los casos permitidos por las leyes realizare una actividad profesional “en asunto en que deba intervenir o haya intervenido en razón de su cargo o en los que se tramiten, informen o resuelvan en su oficina” (art. 441), o haga uso de un secreto con “ánimo de obtener un beneficio económico” (art. 442)³⁵.

Merecen una lectura distinta a la anterior las conductas de abandono de destino y de omisión del deber de perseguir delitos (arts. 407 y ss.) y la desobediencia y denegación de

³⁴ Véase la SAP de Málaga (Sección 1ª) –Caso Marbella– 586/2014, de 7 noviembre [ARP 2014\1.388].

³⁵ Véase por todas la STSJ de Andalucía (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) 10/2008, de 7 agosto [JUR/ 2008\259.803].

auxilio (arts. 410 y ss.), porque en ellas el ánimo de lucro ni es elemento subjetivo del injusto, ni forma parte difusa del dolo. Sólo puede apreciarse el parecido con los casos anteriores cuando en el supuesto concreto el funcionario público no persiga un delito a cambio de una dádiva. Quizás el fundamento de su punición está más cercano a los delitos contra la Administración de Justicia, que a los delitos contra la Administración Pública.

Muy distinto a los anteriores es el delito castigado en el art. 443, en el que se impone una pena de prisión de 1 a 2 años e inhabilitación de 6 a 12 años al funcionario público o autoridad que cometa acoso sexual. Se trata de una conducta que tiene en cuenta el chantaje sexual que no reporta beneficio económico alguno. Su ubicación sistemática en esta sede parece deberse al hecho de que se trata de una modalidad de acoso sexual que fue delictiva antes de 1995, cuando el delito de acoso sexual genérico del art. 184 llegara al Código: nada impediría hoy llevar el castigo de la conducta del art. 443 al interior del Título VIII³⁶. Esta opción no es descabellada, cuando se constata que fuera del Título XIX existen delitos en los que se atenta contra un bien jurídico determinado y se agrava expresamente la pena por la condición de funcionario público del sujeto activo³⁷.

³⁶ Ya fuera como una modalidad autónoma de acoso sexual, o como un tipo agravado de la conducta prevista en el art. 184.

³⁷ Más allá de la previsión genérica en el art. 22.7 de la circunstancia del prevalimiento del cargo público.

Nos referimos al delito de detenciones ilegales del art. 167, los atentados contra la integridad moral de los arts. 174, 175 y 176; la trata de seres humanos del art. 177 bis.5, el sometimiento a condiciones de prostitución del art. 187.2.a) y 188.3.c); el delito contra la intimidad del art. 198; el allanamiento de morada del art. 204; la celebración de matrimonio ilegal del art. 218; la alteración de la condición del menor del art. 222; los delitos de informe, votación o resolución de una licencia en los arts. 320, 322 y 329; las conductas relacionadas con los medicamentos del art. 362 quater.1; el tráfico de drogas del art. 369.1 y 372; las falsedades de los arts. 391, 394 y 398; la prevaricación judicial de los arts. 446 a 449; el militar autor de la rebelión castigada en el art. 476, 478, 482 y 483; el ataque a la inviolabilidad de las Cortes

3.3.1 Singular referencia al delito de prevaricación

Queda por tomar partido en torno a si el delito de prevaricación es un delito de corrupción³⁸. El mero dato de que se someta a discusión si la prevaricación es o no es un acto de corrupción es una forma de trivializar la figura más grave de todas las que atentan contra la Administración Pública, que supone la actuación contraria al principio de legalidad que no se justifica en el actual nivel de corrupción que soporta España. Por tanto, una cosa es que cualquier ilegalidad sea prevaricación y otra que las prevaricaciones administrativas –esto es, dictar una resolución “arbitraria” en un asunto administrativo– que sean constitutivas de delito, no deban considerarse corrupción.

La posición de la jurisprudencia parece decantarse por la exclusión de la prevaricación del núcleo de los delitos contra la Administración Pública que consisten en corromperse por dinero: en efecto, si se entiende que la corrupción es sinónimo de soborno, como en el delito de prevaricación no se hace mención a la existencia de una dádiva ni de ningún beneficio económico, no entraría dentro de tal (pueden verse las SSTs

generales del art. 499, 500, 501; la usurpación de funciones del art. 506, 507, 508, 509; la incitación al odio del art. 511.3; todos los delitos castigados en los arts. 529 y siguientes como delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías constitucionales; así como finalmente, el castigo genérico del militar en el art. 615 bis en los delitos contra la comunidad internacional.

³⁸ Responder a esta pregunta pasa en primer lugar por concretar a qué delito de prevaricación se está haciendo referencia porque junto al castigado en el art. 404, el art. 446 castiga el delito de “prevaricación judicial”, mientras que los arts. 320, 322 y 329 castigan otros delitos cercanos a la prevaricación que en opinión de un sector de la doctrina son delitos de prevaricación espacial en razón de la materia. El mero hecho de que el legislador haya decidido alejar del Título XIX esas supuestas modalidades de prevaricación no impiden plantearse *in totum* su naturaleza común como tales modalidades de prevaricación: basta pensar que si no existieran, todas ellas serían castigadas por la vía del art. 404. En sentido contrario, ACALE SÁNCHEZ, María, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Bosch, Madrid, 2011, pp. 299 y ss.

795/2016, de 25 de octubre [RJ/2017/6.439]; 362/2008, de 13 de junio [RJ/2008/4.502]; 692/97 de 7 de noviembre [RJ/1997/ 8.348] y 102/2009 de 3 febrero [RJ 2009/1.771]]. Otras sentencias entienden que la corrupción es sinónimo de “un estado o ambiente”: en este caso, afirma la SAP de Málaga 586/2014, de 7 de noviembre [ARP/2014/1388] (caso Malaya), que “la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado”. Como afirma el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) en su Sentencia 102/2009 de 3 febrero [RJ/2009/1.771], “en la prevaricación, lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho, comprensivo de la resolución del conflicto y de la dirección de una causa jurídica. Estos tipos penales tienen una evidente relación con los delitos de corrupción, en la medida en que se comprueba que la aplicación abusiva del Derecho no necesita demostrar la existencia de corrupción. Incluso no es necesario realizar ninguna comprobación sobre la corrupción porque el abuso ya supone una perversión del sistema”.

A pesar de ello, varios son los motivos que pueden esgrimirse a favor de la consideración de la prevaricación como una modalidad más de corrupción³⁹. En primer lugar, porque históricamente ha sido el delito madre de los delitos contra la Administración Pública, siendo el resto meras especifi-

³⁹ Para GÓMEZ RIVERO, Carmen (“El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental”, cit., p. 28) la prevaricación es uno de los delitos que entran sin mayor problema dentro del concepto de corrupción, que considera equiparable a desviación de poder. Sin embargo, De la Mata Barranco, Norberto (“La lucha contra la corrupción política”, cit., p. 7) entiende que sólo en un sentido muy amplio la prevaricación es constitutiva de corrupción, “porque falta el elemento corruptor”. La opinión de De la Mata puede ser puntualizada, si se tiene en consideración que el autor define la corrupción a partir de los elementos típicos de las distintas figuras delictivas, cuando aquí se ha optado por una vía diversa: esto es, observar en la práctica las operaciones corruptas y a partir de ellas definirlas y comprobar si se subsumen o no en los delitos contra la Administración pública.

caciones desarrolladas de él⁴⁰. Es más, puede decirse que el estado o el clima que genera la prevaricación es la base de la corrupción⁴¹. En segundo lugar, desde un punto de vista concursal, es muy frecuente la concurrencia de la prevaricación con el cohecho que entran entre sí en concurso de delitos, y con el tráfico de influencias, con el cual se entiende que se trata de un concurso de normas que se resolverá a favor de la prevaricación si además de la influencia se ha llegado a dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo⁴². Así, desde la propia descripción legal se deja abierta la puerta a admitir que, junto al cohecho, otros delitos contra la Administración pública también son constitutivos de “corrupción pública” a través de las reglas del concurso de delitos (real o ideal) si la decisión remunerada al funcionario se traduce en una resolución arbitraria en un asunto administrativo. En este sentido, cuando el art. 419 castiga el delito de cohecho pasivo propio, lo hace “sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito”.

Por otra parte, no puede dejar de tenerse en consideración, como se decía anteriormente, que en muchas ocasiones estas actuaciones torcidas del funcionario público que dicta una resolución arbitraria en un asunto administrativo, pueden verse condicionadas por los “compromisos” adquiridos por el partido político al que pertenece, que puede haber recibido una donación ilegal a los efectos del art. 304 bis.

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, afirma en p. 848, que “el mismo significado lingüístico de ‘prevaricación’ es excesivamente vago, por cuanto sólo indica un quebrantamiento voluntario de las obligaciones contraídas que, en el fondo, se da en todos los delitos de funcionarios públicos”.

⁴¹ Véase la SAP Málaga (caso Marbella) 586/2014, de 7 de noviembre [ARP/2014/1.388].

⁴² El castigo de quien usa de la influencia para que se dicte una resolución arbitraria en un asunto administrativo que le beneficie personalmente será a través del delito de tráfico de influencias, que debe entenderse como la tipificación expresa de esa forma de participación en la prevaricación.

En tercer lugar, desde un punto de vista procesal, todo apunta a que el delito de prevaricación no es más que una de las modalidades de la corrupción política. Así, el art. 20 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal obliga a la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada a intervenir directamente en los procesos penales en relación entre otros con la prevaricación⁴³. No debe considerarse que sea ningún impedimento procesal el hecho de que la pre-

⁴³ El listado completo es el siguiente: “a) Delitos contra la Hacienda Pública, contra la seguridad social y de contrabando; b) Delitos de prevaricación; c) Delitos de abuso o uso indebido de información privilegiada; d) Malversación de caudales públicos; e) Fraudes y exacciones ilegales; f) Delitos de tráfico de influencias; g) Delitos de cohecho; h) Negociación prohibida a los funcionarios; i) Defraudaciones; j) Insolvencias punibles; k) Alteración de precios en concursos y subastas públicas; l) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores; m) Delitos societarios; n) Blanqueo de capitales y conductas afines a la receptación, salvo cuando por su relación con delitos de tráfico de drogas o de terrorismo corresponda conocer de dichas conducta a las otras Fiscalías Especiales; ñ) Delitos de corrupción en transacciones comerciales internacionales; o) Delitos de corrupción en el sector privado; p) Delitos conexos con los anteriores; q) La investigación de todo tipo de negocios jurídicos, transacciones o movimientos de bienes, valores o capitales, flujos económicos o activos patrimoniales, que indiciariamente aparezcan relacionados con la actividad de grupos delictivos organizados o con el aprovechamiento económico de actividades delictivas, así como de los delitos conexos o determinantes de tales actividades; salvo cuando por su relación con delitos de tráfico de drogas o de terrorismo corresponda conocer de dichas conductas a la Fiscalía Antidroga o a la de la Audiencia Nacional”. Debe recordarse que la LO 5/2010 eliminó el Capítulo X del Título XIX que llevaba por rúbrica “los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales” y lo sustituyó por una nueva sección 4ª “De la corrupción entre particulares” del Capítulo XI “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores” del Título XIII “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”. Después la LO 1/2015 sustituyó la rúbrica de los delitos de corrupción entre particulares por la de “corrupción en los negocios”. Parece que debe entenderse que a pesar de que el Estatuto del Ministerio Fiscal no haya sido modificado después de la aprobación de la LO 5/2010, es competencia de la Fiscalía contra la Corrupción y el Crimen Organizado los delitos de corrupción en los negocios.

varicación no esté dentro del listado de delitos competencia del jurado en su art. 1 y si lo estén: "e) De la infidelidad en la custodia de documentos (arts. 413 a 415); f) Del cohecho (arts. 419 a 426); g) Del tráfico de influencias (arts. 428 a 430); h) De la malversación de caudales públicos (arts. 432 a 434); i) De los fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 a 438); j) De las negociaciones prohibidas a funcionarios (arts. 439 y 440)"; y que simultáneamente, después de haber afirmado en el art. 5 la competencia del jurado por conexión, el párrafo 2 del mismo art. 5.2 establezca como excepción que "no obstante lo anterior, y sin perjuicio de lo previsto en el art. 1 de la presente Ley, en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación, así como aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa", en la medida en que se tiene en consideración la complejidad mayor que encierran estos delitos sobre el resto.

En cuarto lugar, hay que resaltar la tipificación expresa de otras figuras delictivas que están muy relacionadas con el delito de prevaricación. Así, en el nº 2 de los arts. 320, 322 y 324 se castigan conductas que están muy relacionadas criminológicamente con la prevaricación y que consisten en dictar una resolución arbitraria en un asunto de contenido urbanístico, relativo al patrimonio histórico o al medio ambiente. Si se traslada la atención del art. 404 a estos otros delitos, parece evidente que cuando se castiga en el art. 319 al promotor, técnico director o constructor que llevan a cabo sin autorización una serie de obras de contenido urbanístico y a continuación castiga en el art. 320 al funcionario público o autoridad que le concede la licencia, existe connivencia entre ambos y esa connivencia no puede ser más que a cambio de dinero o de otro tipo de influencias⁴⁴.

La prevaricación es en muchos casos la prueba de la corrupción, porque el dinero o recompensa se paga en negro y se oculta, sin salir a la luz pública, o de hacerlo, mucho más tarde,

⁴⁴ Sobre la consideración de estos delitos como prevaricaciones especiales en razón de la materia véase ACALE SÁNCHEZ, María, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit., pp. 299 y ss.

después de complejísimas operaciones de blanqueo de capitales que disocian el momento en el que se daña a la Administración Pública y aquel en el que se descubren esos hechos.

La “arbitrariedad” de la resolución es reflejo del art. 103 de la Constitución. Cuando se actúa arbitrariamente, no se sirve con objetividad a los intereses generales, ni se actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, ni se somete a la ley ni al Derecho: un comportamiento arbitrario es pues reflejo de la corrupción. De ahí que, desde el punto de vista subjetivo, la exigencia del dolo directo viene a denunciar las manos corruptas que acunan a la Administración Pública. Rara vez una resolución arbitraria es además gratuita: el prevaricador dicta esa resolución porque va a obtener directa o indirectamente, en ese momento o en otro posterior, un beneficio económicamente evaluable o políticamente rentable, con independencia de que el mismo recaiga en su persona y/o en un tercero, ya sea este una persona física o jurídica (su partido político, por ejemplo). Basta tener en consideración los asuntos sobre los que recaen las resoluciones arbitrarias que han llegado ante nuestros tribunales: se trata de asuntos que generan riqueza (como son todas las de contenido urbanístico, en la que el corrupto se apropia de la parte social del derecho de propiedad que pertenece a la comunidad ⁴⁵).

Por otro lado, puede que en el ámbito de la tipicidad del delito de prevaricación (art. 404) no se exija un interés económico para el sujeto activo, pero sin duda causa daños económicos a la ciudadanía ⁴⁶. Cuestión distinta es que a efectos penales el delito de prevaricación no agote el desvalor de esa conducta

⁴⁵ Ídem, pp. 125 y ss.

⁴⁶ En este sentido es interesante la lectura de la SAP de Málaga (Caso Marbella) 596/2014, de 7 de noviembre [ARP/2014/1.388] que a la hora de determinar la pena que le corresponde a cada uno de los autores por cada uno de los delitos imputados afirma que “para su graduación el Tribunal atiende a la gravedad del hecho, la alarma social producida y el enorme perjuicio que estos sistemas de corrupción generalizada suponen para los ciudadanos, al comprobar el abuso reiterado del cargo público y el enriquecimiento injusto” de esas personas “a costa de los legítimos intereses del municipio y sus ciudadanos”.

realizada en la práctica, que socava los fundamentos democráticos: pero para esto está la vía del concurso de delitos.

En definitiva, afirmar que la prevaricación no es constitutiva de corrupción política es pasar por alto que se trata de una conducta en la que el autor actúa en contra del principio de legalidad "arbitrariamente", lo que pasará en la mayoría de los casos cuando exista una dádiva por medio: la haya solicitado él o se la haya ofrecido un particular y se pueda o no probar. De serlo, necesariamente estará abierta la puerta al concurso con el cohecho. Puede concluirse por tanto que, al margen del delito de tráfico de influencias, cuando haya que recorrer al concurso de la prevaricación con otro delito de cohecho, no habrá duda de la existencia de corrupción, no ya tanto por el soborno tenido en cuenta en el cohecho, sino por la lesión al principio de legalidad inherente al delito de prevaricación.

Por lo mismo, bastaría con modificarse el criticable art. 127 bis a los efectos de incluir como delito que permite decretar el comiso de "los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona" condenada por un delito de prevaricación "cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito". Si se observa, en ese listado se incluyen –entre otros– los delitos de cohecho y de malversación, pero ningún otro delito contra la Administración Pública.

Esta es, por otra parte, la gran diferencia existente entre un concepto normativo de corrupción, esclavo de la letra de la ley, y un concepto descriptivo, que se limita –lo que no es poco– a constatar las similitudes de las realidades para posteriormente explicarlas teóricamente desde el mismo paradigma. De ahí la importancia de dejar clara la posición del redil de la corrupción.

4. LA FUSIÓN CRIMINOLÓGICA DEL FUNCIONARIO "CORRUPTO" Y DE LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA

El estudio de los casos de corrupción más importante, como los conocidos policialmente como "Operación Malaya", "Nòos" o "Gurtel", están permitiendo sacar a relucir las característi-

cas en común que tienen todos ellos: esta corrupción, que es capaz de remover los cimientos de la democracia, se caracteriza por que tiene lugar en el seno de verdaderas organizaciones criminales, de las que todos los participantes forman parte al actuar movidos con una misma finalidad: el enriquecimiento privado a costa de un Ayuntamiento, de una Diputación, una Comunidad Autónoma o del propio Estado, que se convierten así en un cuerpo enfermo, tras la sustracción de la savia democrática de la que la corrupción les priva.

Y desde el punto de vista preventivo y de la actuación policial, el encuentro entre la criminalidad económica y la proveniente de los funcionarios públicos hace que se ahorren esfuerzos y se optimicen las posibilidades de acabar con ambas si se ponen en marcha mecanismos para luchar a la vez contra la delincuencia económica y la funcionarial, pues sin duda alguna la investigación policial obtiene datos simultáneamente de las dos que, si se investigan de forma separada, se despilfarran. No puede desconocerse que en muchos casos sus relaciones se prolongan en el tiempo, se convierten en permanentes, hasta el punto de poder hablarse de una verdadera red de delinquentes organizados que actúan en virtud de un pacto previo de distribución de funciones, que les lleva a cada uno de ellos a tener un dominio funcional sobre el conjunto de las operaciones delictivas realizadas⁴⁷.

Por otro lado, los costes inherentes a la corrupción terminan repercutiendo negativamente en el propio mercado, porque acaban con la libre competencia⁴⁸ y con la libre con-

⁴⁷ Véase TERRADILLOS BASOCO, Juan María "Criminalidad organizada y globalización", en *Revista Penal*, 2011/19, p. 95; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "Instrumentos internacionales del Derecho penal económico", en Serrano Piedecasas, José Ramón - Demetrio Crespo, Eduardo (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, pp. 375 y ss.; FERRE OLIVÉ, Juan Carlos, "Corrupción y delitos contra la Administración pública", en el mismo y otros, *Fraude y corrupción*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, pp. 13 y ss.

⁴⁸ Como afirma Nieto Martín ("La privatización de la lucha contra la corrupción", cit., p. 64) la corrupción "frustra la función social de la competencia".

currencia (pues en muchos casos terminan con los competidores), y además sus efectos afectan negativamente a los bolsillos de los consumidores si el precio pagado para comprar el favor del funcionario público, se añade en el precio final del producto o en los administrados si se suma al “*coste general de la intervención pública*”⁴⁹. De forma que las empresas que ponen en marcha estas prácticas, liberadas ya de los costes que generan sus actividades corruptas, se entregan al disfrute sin límites del *status* social en el que se han colocado: al lado del poder, mientras que los funcionarios que han puesto en sus manos los servicios públicos se sientan a su vez cómodamente al lado del dinero⁵⁰.

Y si se constata que en época de crisis los países que más duramente la soportan son los que soportan también índices más elevados de corrupción, se concluye que la corrupción espanta a la inversión privada honesta y empobrece al conjunto de la sociedad, enriqueciendo sólo a los agentes directamente implicados.

En efecto, las dificultades que existen para descubrir estas operaciones son grandes, por lo que parece más rentable poner el foco antes, esto es, en la prevención de esos hechos. En particular, en España la modalidad de corrupción que cosecha mayor rechazo social es la que se genera en el seno de partidos políticos, cuya financiación irregular se pretende controlar a través de la LO 8/2007, de 4 de julio. La dinámica es por todos conocida: reciben aportaciones de particulares empresarios que esperan conseguir trato de favor en el momento en el que ese partido político llegue al poder, o persi-

⁴⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., p. 10.

⁵⁰ En este sentido, la SAN 3/2018, de 11 de junio, afirma que “esta responsabilidad de los empresarios aportadores de fondos al Partido Popular es la clave del asunto pues en definitiva, además de la financiación ilegal al partido es fácilmente deducible que se colocaban en situación privilegiada, no sólo para mantenerse como contratistas de la administración general sino, evidentemente, para colocarse en situación especialmente ventajosa, por no decir monopolística en contratos futuros...”.

guen seguir disfrutando de los mismos durante el tiempo que permanezcan ahí; lo cierto es que una vez que reciben esas cantidades, se ven en la necesidad de proceder a “blanquearlas” a través de operaciones nada sencillas de ejecutar. La realidad española nos hace plantearnos si no existen “partidos políticos” que pueden llegar a ser verdaderas organizaciones criminales, tapaderas de negocios que persiguen no ya un fin político, sino que ocultan tras ese fin sus verdaderas intenciones: el enriquecimiento personal de sus miembros a toda costa. Y es que, en efecto, los escándalos que al día de hoy se están aclarando en sede jurisdiccional en nuestro país están poniendo de manifiesto que los partidos políticos han demostrado tener una amplia capacidad de acción corruptora por su propio atractivo jurídico personal. En este sentido es necesario distinguir, por una parte, la corrupción privada que toleran (lo que nos lleva a analizarlos como objetos de corrupción), y por otra, la que generan en sus actividades públicas (permitiéndonos así acercarnos a ellos como sujetos activos de la corrupción). Para hacer frente a la primera de estas modalidades de corrupción, la LO 1/2015 incluyó dentro del Código el nuevo Título XIII bis que lleva por rúbrica “De los delitos de financiación ilegal de los Partidos Políticos”. El camino para hacerles responder de los delitos cometidos en su seno, no obstante, lo abrió la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modificó el Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social: concretamente, la reforma llevada a cabo, en lo que aquí interesa, afectó al art. 31 bis, a partir de la cual responden penalmente de los delitos que expresamente se señale también los partidos políticos y los sindicatos que por decisión discutida del legislador quedaron al abrigo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 2010.

En este sentido, a pesar de las dificultades criminológicas existentes para sacar a relucir la corrupción, no parece descabellado someter a controles económicos las actividades de los partidos políticos, a sabiendas, a la vista de la experiencia, de que son entidades propicias a generar corrupción, si se tiene en consideración que están formados por particula-

res que tienen intereses personales en las causas públicas en las que, de llegar al poder, tendrán que intervenir.

Finalmente, tras la admisión en el ordenamiento jurídico-penal español de la responsabilidad penal de la persona jurídica, ha de tomarse partido en torno a la pena a imponerle a esta. En este sentido, la exención de responsabilidad criminal de las Administraciones públicas evita que sea la ciudadanía en general la que finalmente tuviera que soportar la sanción impuesta a la Administración a manos de unos políticos corruptos (art. 31 quinquies). Sin embargo, cuando se trata de sancionar a la criminalidad empresarial y a los partidos políticos, han de tomarse decisiones acertadas en torno a la sanción a imponerles, de acuerdo con el catálogo contenido en el art. 33.7, a no ser que haya llevado a cabo una política de prevención de la criminalidad empresarial, en atención a los mecanismos de *compliance* regulados en el art. 31 bis.⁵¹ Y desde esta perspectiva de la prevención especial, todo apunta a que la prohibición para contratar con el sector público prevista en el art. 33.7.f) debe ser considerada la sanción más adecuada para evitar futuras actuaciones corruptas por parte de las personas jurídicas que se relacionan con la Administración. Habrá que ver la posibilidad de que dicha prohibición sea también impuesta como pena de inhabilitación especial accesoria en el caso de los funcionarios públicos y autoridades condenados por corrupción.

De cualquier forma, se puede partir como premisa del siguiente dato: confiar sólo en el Derecho penal la tarea de acabar con ella puede tener el efecto boomerang de generar más corrupción, porque se trata de una rama del ordenamiento jurídico que entra a funcionar tarde, en una fase de la operación que normalmente se encuentra muy avanzada, pues el daño a lo público ya se ha materializado y no siempre es posible la reposición de las cosas al estado anterior a aquel

⁵¹ Por todos: NIETO MARTÍN, Adán - MAROTO CALATAYUD, Manuel, *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Tirant lo Blanch - Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 17 y ss.

en el que las instituciones son atacadas por el cáncer social de la corrupción política⁵². La tarea de acabar con estas redes de corrupción no es fácil. No ya sólo por la pluralidad de personas implicadas y por la disparidad de conductas constitutivas de delito en las que se manifiesta aquella, sino por la complejidad de las actividades financieras que en muchos supuestos ponen en marcha. Datos como los que han salido a relucir en el seno de esos casos demuestran que la corrupción teje redes delincuenciales muy amplias, en las que necesariamente tienen que implicarse personas provenientes tanto de la esfera privada como de la pública, las cuales se rodean de expertos en materia empresarial, para facilitar las –en muchos casos– operaciones económicas que llevan a cabo –verdaderas obras de ingeniería financiera–, así como la delicada tarea de proceder a blanquear los capitales provenientes de estas actividades ilícitas y, por ende, la entrada en el mercado económico de ingentes cantidades de dinero negro que, en economías pequeñas pueden hacer que circule “negro” a través de los mercados no oficiales más dinero que el que lo hace legalmente, trastocando así el orden económico⁵³. Lo que determina que la lucha contra dicho fenómeno ha de abarcar todos esos aspectos y ha de procurarse que participen en ella los mismos profesionales que tejen la tela

⁵² Es interesante resaltar el hecho de que las últimas sentencias que se van conociendo sobre asuntos de corrupción, tienen en común que en todas ellas se termina sancionando a algunos de los intervinientes por delitos de blanqueo de capitales: así, pueden verse la STS de 23 de junio 2014 (*caso Malaya*), SAN de 23 de mayo de 2018 (*caso Gürtel, trama madrileña*) y la STS 8 de junio de 2018 (*caso Noós*) en todas ellas se condena por blanqueo de capitales a algunos de los intervinientes. Se da la circunstancia, por otra parte, de que en dichas organizaciones parece que se reserva ese papel a las mujeres que están unidas sentimentalmente a los hombres que son castigados por los delitos principales de los cuales surge el beneficio económico ilícito que posteriormente se intenta devolver al mercado del dinero limpio.

⁵³ ACALE SÁNCHEZ, María, “Tratamiento penal de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, cit., p. 28.

de la araña, capaces con los mismos conocimientos que estos, de poner al descubierto los hilos que manejan.

En cualquier caso, el cortafuegos más eficaz de la corrupción es la regulación de las incompatibilidades de quienes ejercen funciones públicas, fundamentalmente de quienes acceden a la política por elección, en la medida en que al desempeñar el cargo con carácter temporal, en muchos casos se muestran reticentes a romper con su vida profesional anterior, aunque piensan que no volverán, una vez que se instalan en el “confort” de la política: así se crea el caldo de cultivo de la corrupción. Previamente, y por lo que se refiere a la corrupción política, cuando antes se consiga separar al funcionario corrupto del cargo, mejor. Y llegado el caso, si con su actuación han puesto en jaque mate a la propia Administración, su disolución será la *última grave ratio* a la que recurrir. Todo sea por “cortar” el “fuego” de la corrupción⁵⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María, “Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, *La Ley Penal*, 2007-38.
- *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Bosch, Madrid, 2011.
- “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, en Puente Aba, Luz María, (ed.), *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*, ed. Universidad de A Coruña, A Coruña, 2015.
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, “Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efecto y su combate”, en Fabián Caparrós, Eduardo - Pérez Cepeda, Ana Isabel, *Notas sobre la corrup-*

⁵⁴ Marbella ha sido el primer municipio desposeído de sus competencias en materia urbanística, en atención a lo dispuesto en el art. 31.4 de la ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

- ción transnacional: sus efectos y su combate*, Ratio Legis, Salamanca, 2009.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, "Iniciativas internacionales contra la corrupción", *Eguzkilore*, 2009-23.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto, "¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?", *Eguzkilore*, 2009-23.
- "La lucha contra la corrupción política", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC, 2016-18-01.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y otros, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio en la Costa del Sol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, "Corrupción y delitos contra la Administración pública", en el mismo y otros, *Fraude y corrupción*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003.
- GÓMEZ RIVERO, Carmen, "El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC, 2016-18-06.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, "Corrupción, su prevención y persecución en España", *Jueces para la Democracia*, 2010-67.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando, "Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* RECPC, 2016-18-25.
- NIETO MARTÍN, Adán, "La privatización de la lucha contra la corrupción", *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, 2011-2012.
- NIETO MARTÍN, Adán - MAROTO CALATAYUD, Manuel, *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "Instrumentos internacionales del Derecho penal económico", en Serrano Piedecabras, José Ramón - Demetrio Crespo, Eduardo (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008.

PRIETO DEL PINO, Ana María, "Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol", *Cuadernos José María Lidón*, 2008-5.

CORRUPCIÓN PÚBLICA: EL ENGRANAJE DEL CRIMEN ORGANIZADO

MARÍA CAROLINA RENAUD

1. INTRODUCCIÓN

La preocupación de los Estados ante el fenómeno de la criminalidad económica transnacional y el impacto que provoca a nivel global, afectando el orden social, político y económico, se reflejó en la sanción de Convenciones Internacionales. De esta forma, se creó un marco jurídico internacional y armónico, que tiene como fin proteger a la sociedad global, incluyendo sus recursos económicos, biológicos e institucionales, a través de la sanción punitiva de grupos organizados criminales.

Ricardo A. Basílico¹ opina que dentro de un contexto internacional altamente globalizado, en el que personas, empresas, instituciones nacionales e internacionales o Estados interactúan con creciente asiduidad y velocidad, y en el marco de relaciones cada vez más asimétricas, se generan condiciones extraordinarias para el desarrollo de comportamientos irregulares.

En efecto, la integración supranacional, la disminución de restricciones financieras y comerciales, así como la innovación tecnológica y comunicacional, han influido para que la delincuencia organizada cambie su comportamiento, y comience a operar profesionalmente a gran escala, en diversos

¹ BASILICO, Ricardo, *“Corrupción, globalización y criminalidad organizada”*, clase de Cohecho y Tráfico de influencias, Seminario de Delitos Penales contra la Administración Pública, Facultad de Derecho, UBA, 2017.

países del mundo, de forma simultánea y continua, incrementando su desarrollo económico.

Las organizaciones criminales no sólo participan de los grandes tráficoos como el de personas, drogas y armas, del lavado de dinero o la corrupción, sino también han incurrido en nuevas formas de amenazar a la seguridad global, dada por la especialización de las maniobras delictivas, mediante el uso de la tecnología y el espacio virtual, lo cual generó la tipificación de nuevos delitos, denominados “de nueva criminalidad organizada”.

Fueron reconocidos en el Informe de la Conferencia de las Partes², de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, como “delitos emergentes”, en los que se incluyen los cibernéticos, la piratería, los delitos ambientales y el tráfico de órganos humanos, medicamentos falsificados y bienes culturales.

Jesús-María Silva Sánchez entiende a este tipo de delitos modernos como infracciones penales de “tercera velocidad”³.

La aparición de estos nuevos tipos de delitos y la creciente expansión de la actividad ilícita organizada a nivel internacional provocó que los Estados unieran sus esfuerzos, adaptando sus capacidades, a fin de afianzar lazos de cooperación internacional, para hacerle frente a este flagelo de forma conjunta, operativa y eficiente.

2. CRIMINALIDAD ORGANIZADA

En el año 1988, durante el Coloquio Internacional sobre Criminalidad Organizada de Interpol⁴, se manifestó que no

² Naciones Unidas, Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, “Informe de la Conferencia de las Partes sobre su quinto período de sesiones”, Viena, octubre 2010.

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Civitas, Madrid, 2001.

⁴ 57ª Sesión de la Asamblea General de la O.I.P.C. - Interpol, Bangkok, noviembre 1988, disponible en <https://www.interpol.int>.

todos los gobiernos comprendían el concepto de crimen organizado, y que ello generaba un grave problema. Si no reconocían la amenaza, no sabrían cómo combatirla. Resultaba urgente la necesidad de delimitar este nuevo tipo de criminalidad para poder comprender contra qué se enfrentaban. De aquel coloquio, resultó que el “crimen organizado” estaba vinculado con la práctica continua de acciones ilícitas, realizadas por un grupo o asociación de personas, a fin de obtener beneficios económicos sin respetar las fronteras nacionales.

A partir de allí, se tomó conciencia de que la dificultad frente a la cual se encontraban los Estados trascendía las concepciones hasta aquel entonces conocidas como delincuencia. Por tal motivo, se consideró pertinente elaborar ciertos criterios que permitieran delimitar el concepto de “crimen organizado”, para luego crear las herramientas políticas, jurídicas, económicas y de seguridad eficaces para mitigarlo.

El Consejo de la Unión Europea presentó en Bruselas, en el año 2000, un documento⁵ en el cual plasmó las características principales del crimen organizado, entre las cuales se destacan: la colaboración de más de dos personas; distribución de tareas; actuación continuada o por tiempo prolongado; utilización de formas de disciplina y control interno; sospecha de comisión de delitos graves; operatividad en el ámbito internacional; empleo de violencia u otras formas de intimidación; uso de estructuras de negocios o comerciales; actividades de lavado de capitales; ejercicio de la influencia política y comunicacional, y la búsqueda de beneficio o poder.

Asimismo, la Oficina contra las Drogas y el Crimen de las Naciones Unidas reconoció que el delito adquiere carácter transnacional cuando se comete en más de un Estado; cuando se comete en un Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control tiene lugar en otro Estado; cuando se comete en un solo Estado pero involucra a un grupo criminal organizado que se dedica a activi-

⁵ Directiva n° 10415/00 - ENFOPOL del Consejo de la Unión Europea, Anexo IV; disponible en <http://data.consilium.europa.eu>.

dades delictivas en más de un Estado; o cuando se comete en un Estado pero tiene efectos sustanciales en otro.

Al establecer los parámetros de este concepto, que en un principio resultaba efímero, complejo e inabarcable, se pudo lograr dilucidar que el problema, frente al cual se encontraban los Estados era de orden mundial.

Por ello la comunidad internacional reconoció que si la delincuencia atravesaba fronteras, también la acción de la ley podría hacerlo. La voluntad política se manifestó mediante la creación de diversos instrumentos internacionales que tienen como fin proteger los derechos humanos, y a la vez vencer la delincuencia, la corrupción y la trata de personas⁶.

En efecto, estamos frente a un fenómeno cambiante y flexible, que se ha valido de utilizar los beneficios dados por la aceleración del proceso de globalización, para expandirse de forma rápida, accediendo a una dimensión trasnacional que le permite potenciar la internacionalización del crimen.

La multiplicidad de actos ilícitos graves, cometidos de forma concatenada o simultánea en distintas áreas geográficas, con gran ligereza, conformando sistemas de operaciones criminales complejos, de difícil detección, caracterizan el accionar de estos grupos criminales estructurados.

Cabe destacar que, para que las operaciones delictivas resulten exitosas y puedan continuar en el tiempo, la organización de estas agrupaciones delictivas es fundamental. Podría asemejarse a la estructura de cualquier tipo de asociación lícita, cuyas funciones se encuentran distribuidas entre sus integrantes, distinguiendo los distintos roles que cada uno cumpliría y los escalafones o niveles jerárquicos.

El responsable o líder de esa organización será quien controle la operatividad de la sociedad, las actividades y roles desempeñados por cada miembro, el cumplimiento o no de las órdenes y tareas encomendadas, la eficacia en ello. Quienes formen parte de este grupo recibirán como contraprestación retributiva determinadas sumas de dinero por las ta-

⁶ Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York, 2004.

reas encomendadas y realizadas. Sin embargo, la coacción y amenaza también serán formas de controlar al personal. Se conoce que quien decide ingresar a una sociedad criminal no podrá salir de ella.

La conjunción de cada engranaje que integra ese grupo confluye en la culminación del objeto de esa sociedad delictiva: la comisión del crimen.

Esa pequeña sociedad delictiva, para llevar adelante el desarrollo de su negocio ilícito, necesitará de agentes externos que permitan proveerle aquello que necesite para operar, así como clientes que consuman los servicios que presta o bienes que produce y/o comercializa.

Además, para que pueda actuar a lo largo del tiempo sin ser perseguida por el aparato punitivo de cualquiera de los Estados en donde opere, será imprescindible que agentes públicos actúen en su favor. Aquellos funcionarios que, utilizando el mandato conferido oportunamente por la sociedad, intervendrán a cambio de un beneficio económico.

La ausencia de controles institucionales, sumado a las filtraciones o partícipes del sector público que trabajan para estas organizaciones delictivas, permiten asegurar la impunidad y perpetuidad en el ejercicio delictivo.

De tal forma, la que en su origen era una pequeña sociedad ilícita, al entablar lazos de cooperación criminal con otras agrupaciones localizadas en distintos Estados, y utilizando las redes ilegítimas, propiciadas por aquellas, junto a la complicidad de funcionarios públicos que cedan ante sus peticiones, crecerá para convertirse en una organización transnacional criminal de gran poder económico, a la sombra de la ley.

El Informe “Estrategias sobre Delincuencia Organizada y nuevas tendencias delictivas”⁷ presentado por Interpol en el año 2017, indica que este fenómeno está experimentando una transformación. Sus estructuras tradicionales, encabezadas por jefes poderosos que controlaban nichos delictivos espe-

⁷ Interpol, “Estrategias sobre Delincuencia Organizada y nuevas tendencias delictivas”, disponible en: <https://www.interpol.int>.

cíficos, están siendo reemplazadas gradualmente por redes delictivas informales y flexibles que cambian de operaciones y modifican sus modelos de actividad en función de las oportunidades, los incentivos, la rentabilidad y la demanda.

Ese cambio, en parte, se debe a que en los últimos tiempos la actividad mercantil internacional ha crecido exponencialmente gracias a la facilidad en los desplazamientos internacionales, el acceso instantáneo a la información, el avance de la tecnología, la generalización de las comunicaciones cifradas y la gran cantidad de partícipes que ejercen cargos públicos de relevancia institucional, siendo su aliado fundamental, para disfrazar, ocultar, simular y encubrir operaciones criminales.

Por ello, es necesario que se comprenda que el crimen se encuentra organizado gracias a la red de personas que lo integran, que detentan un amplio poder político y económico. Sin esos engranajes, sería imposible su subsistencia.

3. EL LAVADO DE DINERO

El delito de lavado de dinero, último en el circuito que involucra a la criminalidad organizada transnacional, es definido por la Unidad de Información Financiera como “el proceso en virtud del cual los activos de origen ilícito se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita”.

Se trata del mecanismo mediante el cual una persona o una organización criminal que comete un delito (narcotráfico, corrupción, trata de personas, piratería, entre otros) busca ocultar, disimular y/o encubrir el origen del dinero obtenido de la actividad ilícita, intentando, en ese proceso, darle apariencia legal.

Tal como fue mencionado, el lavado de activos es un proceso que forma parte de un sistema delictivo, ya que la producción de esa ganancia tiene origen ilícito, tal como su posterior aplicación.

Organismos internacionales como el Banco Mundial o el FMI han identificado, por lo menos, tres etapas en las que se desarrolla este fenómeno:

1. *Prelavado, colocación u ocultación*

Se trata de la disposición física del dinero en efectivo, proveniente de actividades delictivas. Durante esta primera fase del lavado, el dinero de origen ilícito se incorpora dentro del sistema financiero legal.

Un mecanismo muchas veces utilizado es el denominado *smurfing*, consistente en el fraccionamiento de una gran suma de dinero en pequeñas cantidades, para introducirlo dentro del sistema financiero legal mediante depósitos o transferencias bancarias de escasas sumas de dinero. Estas operaciones pueden ser realizadas de forma diaria, durante un cierto período de tiempo. La sumatoria de las mismas alcanzará un número significativo, cuyo beneficiario no podrá justificar.

En la actualidad, se reconoce como práctica habitual la colocación de dinero ilícito, a través de la compra de criptomonedas o monedas digitales, con las que se puede comerciar internacionalmente, mediante la transferencia de sumas de dinero entre usuarios, de forma anónima, ocultando con facilidad su rastreo. Estas transacciones no se encuentran respaldadas por el Banco Central de ningún país ni por los Gobiernos. Sólo se limitan a quedar registradas en un libro público conocido como *blockchain*. Según un informe de la DEA⁸, en la República Popular China el bitcoin es utilizado por corredores denominados *Over the Counter* (OTC), que llevan a cabo operaciones de alto riesgo referidas a la fuga de capitales o lavado de dinero. Ofrecen su servicio a aquellos que desean sacar el dinero de ese país o convertir significativas sumas de dinero en efectivo en esa moneda virtual.

El GAFI define otra modalidad de colocación de dinero denominada *Money Value Transfer System* (MVTS)⁹, servicio financiero de un costo bajo utilizado para enviar dinero rápidamente a otra persona, generalmente en regiones donde los servicios bancarios son limitados o nulos.

⁸ US Department of Justice, Drug Enforcement Administration, "2017 National Drug Threat Assessment".

⁹ FATF/OECD, *Guidance for a risk-based approach: Money or Value Transfer Services*, France, 2016.

2. Estratificación, conversión o decantación

En esta etapa, el dinero o los valores ya colocados comienzan a moverse, a fin de cortar cualquier rastro de prueba que pueda conectarlo con el origen ilícito.

Partiendo del ejemplo anterior, luego del depósito bancario en cuenta se efectúan numerosas transferencias bancarias a favor de cuentas cuyos titulares son personas jurídicas, localizadas en paraísos fiscales fundamentalmente, o personas humanas, quienes en su mayoría prestan sus nombres a cambio de una comisión, permitiendo que los grupos criminales utilicen las cuentas bancarias de su titularidad para efectuar el movimiento de sus capitales ilícitos sin ser detectados.

En otros casos, las agrupaciones criminales, para evitar la trazabilidad del dinero, constituyen sociedades en diversas partes del mundo. De esta forma, grandes sumas de dinero emprenden un "viaje" que, tal vez, comience en un paraíso fiscal como el estado de Delaware, en Estados Unidos, y culmine en una sociedad radicada al sur de América Latina.

Una práctica habitual que permite este movimiento de capitales es la compra/venta de acciones sin cotización en el mercado, en sociedades bursátiles, mediante la intervención de compañías financieras. Así es como una sociedad localizada a miles de kilómetros de otra compra acciones que, en el mismo día, vende al mismo precio a otra sociedad que a su vez le vende a una tercera sociedad (al mismo precio de compra original), y que ese cuantioso importe culminará al final del día acreditado en una cuarta sociedad, localizada en el otro extremo del continente.

Es decir, en el mismo día, sociedades compran y venden al mismo precio acciones sin cotización en bolsa, cuyo valor de mercado no existe, sin ganar nada a cambio. De tal forma, el dinero se va movimiento entre las sociedades, hasta acreditarse en la cuenta bancaria de la sociedad más lejana a la operación original. Esta última operación constituye la tercera etapa del lavado.

3. Integración o reinversión.

El circuito del lavado culmina en la economía legal y formal, a través de inversiones o consumos, con el objeto de aparentar un origen lícito.

Algunos autores indican que esta fase se desarrolla mediante la adquisición de bienes muebles, inmuebles, instrumentos de mercado, comercios, hoteles, joyerías, y cualquier otro negocio legítimo.

Aplica también a las inversiones en distintas áreas como la construcción de grandes edificaciones, en ciudades de baja o nula tributación; gimnasios; teatros; cines; estacionamientos; compra de pases de jugadores; y cualquier otro tipo de actividad que involucre la erogación de grandes sumas de dinero, respaldadas en algunos casos por comprobantes apócrifos.

La compra de acciones de sociedades, con o sin cotización, bonos, títulos o cualquier otro instrumento financiero, también constituye una forma de realizar esta tercera etapa.

En otros casos, las organizaciones delictivas crean estructuras societarias mediante las cuales simulan operaciones comerciales, de compra/venta de acciones, generando un flujo financiero y económico ficticio, a los fines de crear transacciones que justifiquen el ingreso y/o egreso de fondos de origen ilícito.

No es sorprendente que estas sociedades compartan los mismos accionistas, directores y síndicos. Incluso, se repiten los nombres de los escribanos que intervienen en la constitución de aquellas personas jurídicas. Los aportes de capital que dan inicio a la sociedad resultan ser importes sumamente significativos, que en algunos casos se pretende acreditar con instrumentos privados, referidos a donaciones o préstamos de terceras personas, ajenas a la organización, o aparentan ser ganancias provenientes de otras sociedades. En definitiva, cuestiones difíciles de acreditar.

Para detectar esta maniobra, basta con efectuar un estado contable consolidado del conglomerado societario, teniendo en cuenta todas las operaciones que involucran flujos de dinero. Se observará que en realidad eran las mismas sumas de dinero que se transferían de una sociedad a otra justificando esos ingresos o egresos, a través de ventas/compras o prestaciones de servicios, inexistentes en la realidad, que sólo tenía como fin esconder el origen ilícito, simulando actividades lícitas.

Asimismo, se podrá probar si esa sociedad tenía suficiente capital para operar; si ese capital era generado por la propia

actividad de la empresa o sólo se basaba en aportes societarios o donaciones de terceros, entre algunas cuestiones.

Si existieran mecanismos gubernamentales de control eficiente, se podría detectar con celeridad las transacciones realizadas en la tercera fase del proceso de lavado de dinero.

Sería prudente, por ejemplo, emitir un alerta al detectar que una misma persona humana figura como directora o socia de distintas personas jurídicas. Si se estableciera una condición mínima como parámetro para emitir un reporte de sospecha, el organismo público podría identificar a ese sujeto y solicitarle información para que justifique tal carácter.

La especialización de los procedimientos administrativos dotará de eficiencia al sistema de control gubernamental, siendo la pieza fundamental en la detección temprana de operaciones de lavado de dinero. El trabajo coordinado, integrado y cooperativo de estas instituciones públicas es imprescindible.

Resulta importante indicar que los organismos del Estado también deben asumir su responsabilidad, ante la omisión de actuación referida a la integración del capital criminal en la economía legal. Este tipo de operatorias se descubre luego de una denuncia penal, durante el proceso de una investigación judicial. Ante la inexistencia de esta, es notable pensar que estas organizaciones criminales, que producen capital ilícito, siguen su curso a la vista de todos, sin ser cuestionadas.

4. CORRUPCIÓN PÚBLICA: FUNCIONAL A LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES Y ALIADA DEL LAVADO DE DINERO

Las organizaciones criminales se han expandido a nivel trasnacional, ganando poder mediante el control de distintos mercados ilícitos, gracias a un componente esencial: la corrupción pública.

Las intervenciones de distintos Estados, las barreras jurídicas impuestas por la Comunidad Internacional, las normativas y resoluciones de organismos internacionales, no bastaron para limitar el avance de la criminalidad.

Para operar, requieren necesariamente que aquellos que prestan funciones al Estado estén de su lado. Qué mejor que

infiltrarse dentro del sistema que intenta detenerlos, haciendo trabajar para sí a los funcionarios públicos corruptos, quienes permitirán que los criminales actúen desde las sombras y que en un futuro próximo no sólo lleguen a tener pleno control de las estructuras criminales ilícitas, sino también de las instituciones públicas.

Por ello, el crimen organizado contempla en su definición a la corrupción pública. Sin ella, los grandes tráfico no podrían existir, y claro que las ganancias producidas de la comisión de esos delitos no llegarían a introducirse en el mercado financiero legal. Sin aparatos de control gubernamental, administrativo ni punitivo, son libres de operar a su antojo, de empoderarse y conquistar el mundo.

Es claro entonces que los grandes tráfico, como el de personas, armas, estupefacientes, bienes culturales y biológicos, órganos y medicamentos, sólo existen gracias a la actuación de funcionarios públicos del mundo que, por comisión o por omisión, no cumplen con la obligación de desempeñar fielmente el mandato conferido por la sociedad dentro del marco de la ética pública. Y todos los capitales que surjan de las actividades ilícitas serán en algún momento introducidos al mercado legal.

Así es como se crea un círculo vicioso e infinito entre el tráfico, la corrupción y el lavado de dinero, generando la necesaria existencia de uno para darle continuidad al otro, conformando un sistema criminal organizado trasnacional.

Si bien el panorama actual no es del todo alentador, es importante destacar la función judicial que da luz a los distintos entramados ilícitos y así logra desarticular esos vínculos establecidos entre los grupos criminales y los funcionarios públicos.

La detección de las redes criminales trasnacionales, en muchos casos, surge de una cuestión insospechada e inimaginable para aquellos grupos, que hace caer el circuito de operaciones ilícitas, disimuladas durante años: el patrimonio del funcionario público corrupto.

Se trata de un eslabón perdido, incontrolable por las organizaciones criminales, que al ser investigado judicialmente a partir de una denuncia proveniente de un Organismo de Control estatal, genera un sinfín de interrogantes, que culminan

con la toma de conocimiento no sólo de los delitos cometidos por aquel agente público, sino también del origen de los fondos ilícitos cobrados por aquel y la identificación de quienes lo pagaron.

Los funcionarios públicos que perciben beneficios económicos provenientes de una organización criminal, como consecuencia de la comisión de los delitos de cohecho, tráfico de influencias o cualquier otro similar, incurrirán ineludiblemente también en la comisión de lavado de dinero cuando utilicen esos capitales percibidos y los integren en el circuito económico y financiero legal.

En este orden de ideas, esa percepción de dinero de fuente ilícita por parte de un funcionario público, al integrarse en el mercado financiero, no sólo hace nacer la etapa final del lavado de dinero, sino que también generará el delito de enriquecimiento ilícito.

Esos fondos de origen ilícito, obtenidos como producto de las actividades ilícitas relacionadas al ejercicio de sus funciones, al percibirlos, es decir, cobrarlos, formarán parte de su patrimonio, el cual, contablemente, es definido como el conjunto de bienes, materiales e inmateriales, derechos y obligaciones que le pertenecen a una persona jurídica así como humana¹⁰.

La adquisición de acciones, bonos, títulos, bienes muebles (automotores, aeronaves, lanchas, motos, entre otros); bienes inmuebles; pago de consumos que hagan al giro necesario para el sostenimiento de su vida y su grupo familiar (salud, educación, pagos de servicios, vestimenta, gastos diarios, mantenimiento de bienes, viajes, entre otros), posibles cancelaciones de deudas (hipotecas, prendas, otros), y cualquier otro tipo de erogación, son algunos de los componentes del patrimonio.

Las inconsistencias patrimoniales surgen de las diferencias halladas entre las declaraciones patrimoniales de los funcionarios públicos y el cálculo de su patrimonio actual, basado en las informaciones provenientes de registros públicos, bancos,

¹⁰ CHYRIKINS, Héctor - PHALEN ACUÑA, Ricardo, y otros, *Teoría Contable*, Macchi, 1998.

emisoras de tarjetas de crédito, aseguradoras, entre tantas instituciones públicas y privadas que aportan documentación referida a ese agente, durante el proceso penal.

Si la sumatoria de los ingresos, compuestos por el sueldo, préstamos, donaciones, alquileres, dividendos, y cualquier otro, que debieron ser previamente declarados por el funcionario público ante el organismo de control, resultaran inferiores al incremento patrimonial que surge de la variación del patrimonio del año en curso respecto al año anterior, se estará frente a un enriquecimiento patrimonial injustificado y apreciable.

Se comprende entonces que los delitos de corrupción pública generan no sólo el delito de lavado de dinero, sino más tipos delictivos de corrupción pública.

A partir de la investigación de esas inconsistencias patrimoniales, el proceso penal avanzará hasta conocer el origen de aquellos fondos ilícitos incorporados al patrimonio del agente, a fin de dar con la organización delictiva que se esconde detrás, utilizando la trazabilidad del dinero como método de investigación.

5. INVESTIGACIÓN FINANCIERA: LA TRAZABILIDAD DEL DINERO

Sin perjuicio del delito de que se trate, estas organizaciones comparten el mismo fin: la obtención de lucro. Y este propósito económico es generalmente el que permite a distintos organismos gubernamentales, policiales y judiciales detectar, identificar y hasta a aprehender a los delincuentes, a través de la trazabilidad del dinero.

El art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional establece que el producto del delito comprende los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito.

Ese producto, derivado de una actividad delictiva, puede tener varios fines: ser reinvertido en la sociedad criminal para fortalecer su estructura o expandirla; ser aplicado a un nuevo negocio criminal, o bien darle apariencia legal a su origen, a los efectos de integrarlo en el sistema económico y financiero legal mediante el blanqueo o lavado.

Indefectiblemente, la comisión de cualquier crimen del cual se obtenga una ganancia desembocará en el delito de lavado de dinero, ya que lo producido y recaudado por la comisión de las actividades ilícitas, en alguna oportunidad, tendrá que ser integrado a la economía legal.

Por ello, el enfoque de persecución penal actual de los Estados se basa en la trazabilidad de ese dinero ilícito, a fin de identificar su origen y dar con los integrantes que participan en las maniobras delictivas, para desfinanciarlos y así detener su accionar.

A tal efecto, las instituciones internacionales han creado un régimen normativo compuesto por un conjunto de leyes, previsiones y recomendaciones, regulatorias y administrativas, a fin de proteger el orden económico, financiero, social y político.

Los Estados han ido adoptando estas medidas con el objeto de rediseñar su sistema institucional, a través de la creación de organismos especializados en prevenir, controlar y combatir acciones delictivas en materia económica, aplicando estándares internacionales para mejorar su funcionalidad.

Cabe mencionar que, en materia de lavado de activos, las 40 Recomendaciones fueron establecidas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI/FATF) con el fin de combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Las mismas fueron creadas en el año 1990 y revisadas en los años 1996 y 2003, estipulando los parámetros básicos a tener en cuenta para combatir el lavado de activos provenientes de ilícitos penales.

En el año 2012, este mismo organismo internacional publicó un documento que contiene recomendaciones internacionales contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación¹¹, a fin de fortalecer los requisitos de los Estados frente a las situaciones de mayor riesgo, para detectar y enfocarse en sus vulnerabilidades, con el objeto de mejorar la implementación. Esta guía permite que los países

¹¹ GAFISUD 11, II Plen 1, *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación*, febrero 2012; disponible en <http://www.fatf-gafi.org>.

adopten medidas más flexibles para orientar los recursos de manera efectiva y aplicar medidas preventivas acordes con la naturaleza de los riesgos para focalizar sus esfuerzos.

En la nota interpretativa de la recomendación 30 del GAFI, publicada en este documento, se indica que deben designarse autoridades de orden público que tengan responsabilidad en asegurar las investigaciones financieras del lavado de activos, los delitos determinantes y el financiamiento del terrorismo.

La creación de estas instituciones especializadas permite llevar adelante el curso de la investigación financiera que forma parte de un proceso de alta complejidad, en relación a la dimensión, materia específica y numerosos hechos; cantidad de personas jurídicas y humanas involucradas, volumen de la documentación, valores monetarios implicados, de significativa difusión social, y que por la magnitud de operaciones, transacciones, partícipes y hechos a investigar, conlleva un extendido tiempo.

La información necesaria para dilucidar maniobras delictivas de índole financiera surge de las medidas de prueba que se utilizan en la pesquisa de la actividad delictiva principal y que estará relacionada con el entramado financiero que haya llevado adelante esa organización criminal. La investigación requiere centrarse en el aspecto económico del delito, desde el inicio, para asegurar que los activos no se disipen ni desaparezcan.

Los países deben designar también a una o más autoridades competentes para identificar, rastrear e iniciar el congelamiento y embargo de bienes sujetos, o no, a decomiso.

La investigación financiera refiere a una investigación preliminar sobre los asuntos financieros relacionados a una actividad criminal, con la finalidad de:

- identificar el alcance de las redes criminales y/o la escala de la criminalidad;
- identificar y rastrear activos del crimen, fondos terroristas u otros activos que están sujetos, o pudieran estar sujetos, a decomiso;
- desarrollar evidencia que pueda ser utilizada en procesos penales.

Esta recomendación del GAFI fue tomada por el Ministerio Público Fiscal argentino, en cuanto a la creación de la

Oficina de Investigación Económica (OFINEC), mediante resolución n° 341/14, que luego de la reforma de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal 27.148, esa dependencia se convirtió en la Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones (DAFI). Esta Dirección propone, entre sus objetivos, mejorar la actividad persecutoria en casos de criminalidad organizada y otros fenómenos delictivos cuya investigación revista complejidad técnica en materia económica y/o contable.

También lo hizo España mediante la constitución de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, que forma parte del Ministerio Público Fiscal, con competencia en todo el territorio. Investiga los delitos económicos de especial trascendencia y/o complejidad técnico-jurídica, de corrupción pública y de blanqueo de capitales cometidos por grupos criminales organizados nacionales o transnacionales, de especial importancia, salvo aquellos que se refieran mayoritariamente al narcotráfico así como los delitos de terrorismo. Cuenta con un equipo de funcionarios especializados en el ámbito financiero, contable y tributario.

La creación de grupos especializados que coadyuven a los fiscales y magistrados durante las investigaciones relacionadas al crimen organizado es indispensable.

El análisis de la información económica, financiera y contable elaborado por el profesionales especializados es muy valioso, porque hará foco en temas específicos en los que tiene un dominio privilegiado tanto en la práctica como en el ámbito académico, a fin de detectar maniobras delictivas de alta especificidad financiera. Ello le otorgará mayor solvencia técnica y objetividad al magistrado, para que este pueda valorar las pruebas de una materia específica distinta a la legal, de forma certera y rápida.

A través de estas investigaciones judiciales, se ha podido establecer que los delitos se encuentran entrelazados, formando una red de operaciones económicas, financieras y contables; relaciones entre personas jurídicas y humanas que participan en la comisión de numerosos delitos simultáneos y concatenados, cometidos tanto en el plano nacional como internacional, durante un periodo de tiempo.

Los hechos denunciados son numerosos, poco claros, aparentando estar desconectados entre sí, distinguiendo la actuación de funcionarios, ex funcionarios y otras personas de interés público.

La magnitud de estos hechos impacta de forma directa en el sistema judicial del Estado que lleve adelante la investigación, generando las denominadas “megacausas”. El juez español Pablo Ruz Gutiérrez¹² sostiene que se trata de sumarios inabarcables, compuestos de grandes volúmenes de documentación, respecto de operaciones y transacciones complejas, que involucran altos valores monetarios, significativa difusión social, y que por la magnitud de operaciones, transacciones y hechos a investigar, conlleva un extenso tiempo para su análisis.

El magistrado considera también que “la adscripción funcional de determinados profesionales a los que los Tribunales pudieran recurrir para el ‘asesoramiento técnico’ en las materias o en los ámbitos que exigen conocimientos especializados, como pueden ser los de carácter financiero, contables o de contratación pública, de forma que los referidos técnicos que resultaran adscritos a la Administración de Justicia, bajo dependencia funcional de los instructores, llevaran a cabo el asesoramiento idóneo para que estos dispongan de los criterios que les permitan valorar los hechos objeto de la investigación con la objetividad y celeridad precisa”.

En concordancia con la recomendación de los organismos internacionales, desde la práctica judicial también se resalta la necesidad de incluir profesionales especializados en materia económica, financiera y contable, durante la investigación judicial.

6. FLUJOS FINANCIEROS ILÍCITOS TRANSNACIONALES

Las corrientes de dinero que se generan, entre distintos países, como producto de la actividad ilícita relacionada con

¹² RUZ GUTIÉRREZ, Pablo, *Principales problemas de los macroprocesos desde la perspectiva del juez de instrucción*, Cuadernos digitales, Madrid, 2014.

Oficina de Investigación Económica (OFINEC), mediante resolución n° 341/14, que luego de la reforma de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal 27.148, esa dependencia se convirtió en la Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones (DAFI). Esta Dirección propone, entre sus objetivos, mejorar la actividad persecutoria en casos de criminalidad organizada y otros fenómenos delictivos cuya investigación revista complejidad técnica en materia económica y/o contable.

También lo hizo España mediante la constitución de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, que forma parte del Ministerio Público Fiscal, con competencia en todo el territorio. Investiga los delitos económicos de especial trascendencia y/o complejidad técnico-jurídica, de corrupción pública y de blanqueo de capitales cometidos por grupos criminales organizados nacionales o transnacionales, de especial importancia, salvo aquellos que se refieran mayoritariamente al narcotráfico así como los delitos de terrorismo. Cuenta con un equipo de funcionarios especializados en el ámbito financiero, contable y tributario.

La creación de grupos especializados que coadyuven a los fiscales y magistrados durante las investigaciones relacionadas al crimen organizado es indispensable.

El análisis de la información económica, financiera y contable elaborado por el profesionales especializados es muy valioso, porque hará foco en temas específicos en los que tiene un dominio privilegiado tanto en la práctica como en el ámbito académico, a fin de detectar maniobras delictivas de alta especificidad financiera. Ello le otorgará mayor solvencia técnica y objetividad al magistrado, para que este pueda valorar las pruebas de una materia específica distinta a la legal, de forma certera y rápida.

A través de estas investigaciones judiciales, se ha podido establecer que los delitos se encuentran entrelazados, formando una red de operaciones económicas, financieras y contables; relaciones entre personas jurídicas y humanas que participan en la comisión de numerosos delitos simultáneos y concatenados, cometidos tanto en el plano nacional como internacional, durante un periodo de tiempo.

Los hechos denunciados son numerosos, poco claros, aparentando estar desconectados entre sí, distinguiendo la actuación de funcionarios, ex funcionarios y otras personas de interés público.

La magnitud de estos hechos impacta de forma directa en el sistema judicial del Estado que lleve adelante la investigación, generando las denominadas “megacausas”. El juez español Pablo Ruz Gutiérrez¹² sostiene que se trata de sumarios inabarcables, compuestos de grandes volúmenes de documentación, respecto de operaciones y transacciones complejas, que involucran altos valores monetarios, significativa difusión social, y que por la magnitud de operaciones, transacciones y hechos a investigar, conlleva un extenso tiempo para su análisis.

El magistrado considera también que “la adscripción funcional de determinados profesionales a los que los Tribunales pudieran recurrir para el ‘asesoramiento técnico’ en las materias o en los ámbitos que exigen conocimientos especializados, como pueden ser los de carácter financiero, contables o de contratación pública, de forma que los referidos técnicos que resultaran adscritos a la Administración de Justicia, bajo dependencia funcional de los instructores, llevaran a cabo el asesoramiento idóneo para que estos dispongan de los criterios que les permitan valorar los hechos objeto de la investigación con la objetividad y celeridad precisa”.

En concordancia con la recomendación de los organismos internacionales, desde la práctica judicial también se resalta la necesidad de incluir profesionales especializados en materia económica, financiera y contable, durante la investigación judicial.

6. FLUJOS FINANCIEROS ILÍCITOS TRANSNACIONALES

Las corrientes de dinero que se generan, entre distintos países, como producto de la actividad ilícita relacionada con

¹² RUZ GUTIÉRREZ, Pablo, *Principales problemas de los macroprocesos desde la perspectiva del juez de instrucción*, Cuadernos digitales, Madrid, 2014.

el crimen organizado (lavado de dinero, tráfico de personas, armas, bienes culturales, biológicos y otros; corrupción, terrorismo) así como de operaciones financieras fraudulentas y evasión fiscal, son denominados flujos financieros ilícitos.

Se trata de valores, dinero e instrumentos monetarios, obtenidos legalmente pero transferidos ilícitamente, adquiridos por actividades ilegales.

Para estimar estos flujos financieros ilícitos se suelen utilizar métodos variados. Uno de ellos está basado en cuentas nacionales, aplicando el “*Hot Money*” (involucra al PBI) método *Dooley* (activos externos) o método residual del Banco Mundial (fuentes y usos).

El otro es el método de manipulación de precios del comercio, mediante el cual se efectúa un análisis del comercio entre países socios, o bien se tiene en cuenta el precio de libre mercado.

Los flujos financieros ilícitos consideran sólo las salidas de dinero de un Estado en favor a otros, sin tener en cuenta las entradas de dinero ilícito.

Del informe emitido por *Global Financial Integrity*¹³ surge que, durante los años 2005 y 2014, estos flujos financieros ilícitos crecieron anualmente entre el 8,5% y 10,1%. La gran mayoría de salidas surgen de transacciones entre Estados Unidos y China.

En efecto, impactan de forma directa sobre la economía y el PBI del Estado del que salen tales capitales, generando un marcado empobrecimiento.

La preocupación de la comunidad internacional ante este fenómeno, consecuente del crimen organizado, se manifestó mediante la ratificación de diversos instrumentos internacionales. Sin embargo, sigue sucediendo diariamente, socavando a las sociedades y afectando los derechos humanos a nivel global.

Es de tal magnitud el perjuicio que ocasionan a la humanidad, que la disminución de los flujos financieros ilícitos fue incluida como una de las metas de los Objetivos de Desarrollo

¹³ Fondo Monetario Internacional, *Global Financial Report 2017*, New York, 2017.

Sostenible (ODS), incorporada en la Agenda 2030 por todos los Estados que forman parte ¹⁴.

Los ODS fueron creados para enfrentar la grave situación que afecta al mundo e impulsar un nuevo plan de acción universal a largo plazo.

Su antecedente fue la creación de los ocho Objetivos del Desarrollo del Milenio (ODM), que surgen como consecuencia de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas celebrada en Nueva York en el año 2000 durante la Cumbre del Milenio.

Las políticas implementadas por los Estados partícipes entre los años 2000 a 2015 fortalecieron las estrategias para poder cumplir con estas metas, colaborando y cooperando en un proceso de estabilidad y paz mundial.

Sin embargo, de 2000 a 2015 los objetivos planteados por los Estados se incrementaron, de 8 a 17, es decir, las metas propuestas no sólo no pudieron ser totalmente cumplidas, sino que las problemáticas detectadas al inicio del convenio se profundizaron y agravaron, vulnerando así los derechos humanos a nivel mundial.

El Desarrollo Sostenido fue definido por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en el año 1987, como “la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades” ¹⁵.

Para cumplir con su definición, la propuesta para 2030, compuesta por los 17 objetivos y 169 metas, se basa en las prioridades consideradas por la comunidad internacional en materia económica, social y ambiental, con el fin de transformar la realidad, protegiendo la igualdad y dignidad de las personas, en un marco de respeto del ambiente.

Este compromiso universal adoptado por una alianza mundial no es jurídicamente obligatorio para los Estados suscriptos a él, pero aun así se espera que los gobiernos im-

¹⁴ Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), en <https://www.un.org>.

¹⁵ Naciones Unidas, *Nuestro futuro común*, Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Asamblea General, 1987.

plementen con celeridad y eficacia las medidas que crean convenientes, para lograr las metas propuestas, ya que son responsables de su planificación, seguimiento y control.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó mediante resolución 70/1, el 25 de septiembre de 2015, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en la que reconoce que en la actualidad el mayor desafío mundial es la erradicación de la pobreza. Para ello, propone un plan de acción a favor de las personas y el planeta, mediante el fortalecimiento de la paz universal y el acceso a la justicia.

Algunos se refieren a esta agenda como “la hoja de ruta universal y colectiva” que deberán llevar adelante las 193 naciones que la ratificaron, a fin de implementar los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), orientados al cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del marco normativo internacional y regional a los que cada uno de los Estados ha adherido, a fin de proteger y seguir consagrando los derechos humanos.

Los 17 ODS son:

1. Fin de la pobreza
2. Hambre cero
3. Salud y bienestar
4. Educación de calidad
5. Igualdad de género
6. Agua limpia y saneamiento
7. Energía renovable y no contaminante
8. Trabajo decente y crecimiento económico
9. Industria, innovación e infraestructura
10. Reducción de las desigualdades
11. Ciudades y comunidades sostenibles
12. Producción y consumo responsable
13. Acción por el clima
14. Vida submarina
15. Vida de ecosistemas terrestres
16. Paz, Justicia e Instituciones sólidas
17. Alianzas para lograr los objetivos

Dentro del ODS n° 16 se encuentra la reducción de los flujos financieros ilícitos, siendo un reconocimiento por parte de la Comunidad Internacional que no sólo no está bajo control, sino que es un desafío global.

Los ODS marcan la necesidad de afrontar la problemática social, económica y ambiental de forma conjunta y cooperativa, estableciendo parámetros comunes a fin de identificar y clasificar los datos, para diseñar un plan de acción futuro.

Es necesario hacer especial hincapié en que los flujos financieros ilícitos provenientes del desarrollo y expansión del crimen organizado trasnacional han generado las problemáticas actuales que se viven en la sociedad global, representadas en estos 17 ODS.

Lo cual demuestra las irresponsabilidades y falta de compromiso de los gobiernos, la carencia de planificación en la asignación de recursos, la falta de transparencia institucional pública y privada, la comisión de delitos económicos y financieros que repercute no sólo en la sociedad, sino en el ambiente, como el fraude y la corrupción; y numerosos hechos que, de haberlos detectado y controlado a tiempo, no hubieran generado graves perjuicios que tienen como consecuencia la pérdida de la vida de millones de personas en todo el mundo, y el riesgo de millones más, por los severos daños ambientales que repercutirán en el futuro.

Por eso, el desarrollo sostenible exige honestidad, ética, compromiso, esfuerzo, cooperación, recursos, inversión, investigación, transparencia, para que realmente se construya un futuro inclusivo que no vulnere los derechos humanos de las próximas generaciones.

7. ROL DEL CONTADOR PÚBLICO COMO AGENTE DE LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

El contador público cuenta con conocimientos teórico-prácticos, especializados dentro de las áreas de Contabilidad, Auditoría, Impuestos, Presupuesto, Costos, Control de Gestión, *Compliance*, Administración Financiera, Derecho Económico, Laboral, Societario, entre otras ramas que abarca, combinando sus conocimientos técnicos con la aplicación de las TIC.

En este amplio campo, implementa sistemas de procesamiento de datos; diseña, interpreta e implementa sistemas de información contable; elabora análisis económicos, financieros y de costos; interviene en la implementación de estruc-

turas, sistemas y procesos administrativo-contables; arbitra en el diseño y evaluación de las funciones de planeamiento, coordinación y control; elabora diagnósticos para evaluar los problemas relacionados con la medición y registro de las operaciones de la unidad económica, en sus aspectos financieros, económicos y sociales; dentro de las organizaciones públicas y privadas, para la toma de decisiones, sobre políticas de inversión, organización de recursos y análisis de los sistemas económicos, entre otras tantas habilidades y aptitudes.

El ámbito de actuación del contador público es sumamente amplio. Por ello, este análisis se centrará en la función del profesional como coadyuvante de la justicia por un lado, y, por otro, como funcionario dentro de la Administración Pública.

a) El contador público como coadyuvante de la Justicia

Como ya fue mencionado, para que la investigación financiera de los delitos que forman la criminalidad organizada sea efectiva, desde su inicio, es menester la intervención de un equipo interdisciplinario, de expertos en materia contable, económica y financiera, a fin de reunir prueba relevante que, con posterioridad, le permita al magistrado o fiscal identificar las maniobras como a los integrantes de los grupos criminales que las llevaron adelante.

El profesional podrá participar de la selección, obtención, análisis de información y elaboración de conclusiones y/o propuestas de actuación, coadyuvando con la Administración de Justicia, otorgándole mayor solvencia técnica y objetividad al magistrado, para que este pueda valorar las pruebas de una materia específica distinta a la legal, de forma certera y rápida.

El contador público también podrá prestar asesoramiento al personal judicial, respecto a temas que involucren maniobras delictivas económicas, financieras o contables, de alta complejidad y especificidad, durante las audiencias judiciales.

Los sujetos que crean el complejo entramado de operaciones financieras o económicas con el fin de disfrazar técnicamente su origen económico, conocen a la perfección los movimientos realizados que son el objeto de las maniobras delictivas. Es necesario que se planteen interrogantes específicos en materias especializadas.

Entre otras funciones, el contador público, como auxiliar del magistrado o fiscal, lo orientará para la elaboración del cuestionario pericial contable, a los efectos de producir prueba sobre determinadas cuestiones que así lo requieran.

b) El contador público como funcionario en la Administración Pública

La criminalidad económica está íntegramente organizada para expandirse a nivel trasnacional. Es un fenómeno que se desarrolla en red, en la que participa un numeroso grupo de personas que se benefician en cadena, cometiendo distintos actos ilícitos tanto dentro del sector público como el privado.

La venta o uso ilegítimo de información pública sensible, sobornos, fraudes, malversación de fondos públicos, son algunas de las formas mediante las cuales se comete la corrupción, a través de la cual las organizaciones criminales se empoderan y llevan adelante la comisión de su actividad ilícita.

Por ello, es imprescindible crear e implementar sistemas de controles de la gestión pública para conocer, prevenir o detectar a tiempo las actividades o acciones que lleve adelante el funcionario público deshonesto, en perjuicio de la Hacienda Pública.

La implementación de herramientas contables constituye un modo para detectar fraudes. Se aplican en el ámbito privado, obteniendo exitosos resultados en aquellas empresas corrompidas por empleados o socios, quienes malversaban sus fondos.

Los sistemas contables y de control de costos, sumados a la práctica de auditorías trimestrales dentro de cada área de la Administración Pública, dotaría no solamente de mejoras de eficiencia en los procesos, reconocimiento de errores, obtención de información segura y confiable, sino que también otorgaría transparencia a la actividad pública, constituyendo una forma de exteriorizar la *accountability*¹⁶.

¹⁶ OSZLAK, Oscar, *Estado Abierto: Hacia un nuevo paradigma de gestión pública*, ponencia presentada en Congreso CLAD, Montevideo año 2013; disponible en <http://www.oscaroszlak.org.ar>.

Los numerosos casos de corrupción y fraude en la Administración Pública revelan que los mecanismos de control público son nulos o insuficientes. Se observa que no se construyó un sistema que proteja la información pública, que controle las operaciones y actividades que desarrolla cada área, a fin de detectar la comisión de delitos o acciones ilegales previas a la comisión del mismo.

Los fondos públicos deben ser garantizados ya que son los recursos con los que cuenta el Estado para llevar adelante las políticas públicas. Pertenecen a la sociedad, quien depositó su confianza a través del sistema democrático en los gobernantes para que lleven a cabo las tareas de Administración. Si al desarrollarla se realizan actos de violencia institucional, coimas, fraudes, y los mismos se conocen mucho tiempo después de su comisión, entonces, es evidente que los sistemas de control institucional fallan.

8. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Es indispensable que los Estados creen lazos estrechos de cooperación internacional en materia económica, jurídica, financiera y punitiva, a los efectos de coordinar conjuntamente políticas para frenar el avance de estas organizaciones criminales, así como también establecer una hoja de ruta para trabajar en conjunto frente a la detección de casos transnacionales.

La Unión Europea se destaca por crear organismos en materia de cooperación judicial. En 1999, durante una reunión del Consejo Europeo en Tampere, Finlandia, a la que asistieron jefes de Estado y de Gobierno, se creó un espacio de libertad, seguridad y justicia, basado en la solidaridad y en el refuerzo de la lucha contra la delincuencia transfronteriza mediante la consolidación de la cooperación entre las autoridades.

Para reforzar la lucha contra la delincuencia organizada, el Consejo Europeo, en su conclusión n° 46, acordó que debería crearse una unidad (Eurojust) compuesta por fiscales nacionales, magistrados o agentes de policía de competencia equivalente, separada de cada Estado miembro, de acuerdo con a su propio sistema legal.

En la actualidad, este organismo ha expandido sus redes internacionales en materia de cooperación judicial, creando políticas institucionales, recomendaciones y auxiliando a diversos Estados, facilitando las vías de comunicación entre los Administradores de Justicia.

En noviembre de 2018, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron el Reglamento sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación en Justicia Penal¹⁷, con nuevas reglas para las relaciones externas de Eurojust, reforzando el papel de los Parlamentos europeos y nacionales en la supervisión democrática de las actividades de Eurojust.

Por otro lado, es de resaltar que, en abril de 2018, se inició el Programa de Asistencia contra el Crimen transnacional Organizado entre Europa y Latinoamérica, llamado "El Pacto"¹⁸. Se trata de una iniciativa común de los países europeos y latinoamericanos que comenzó en 2015, y está financiado por la Comisión Europea, con el objeto de intercambiar experiencias y buenas prácticas, cooperar, reforzando capacidades, actuando en los tres pilares de la cadena penal: cooperación policial, sistemas de justicia y penitenciarios. Trabaja en cinco ejes transversales: cibercrimen, corrupción, derechos humanos, género y lavado de activos.

Asimismo, es fundamental entablar canales de cooperación internacional en materia económica y financiera. Al tratarse de delitos transnacionales, es imperioso que exista un intercambio fluido de información entre las Unidades de Información Financiera, los Bancos y otras entidades, de otros Estados, con los operadores de justicia que lleven adelante la investigación, ya que es altamente probable que hubieran iniciado procesos administrativos o reportes de operaciones sospechosas, sobre los integrantes del mismo grupo criminal que se investiga. No olvidemos que operan en forma simultánea, en distintos Estados a la vez, causando graves perjuicios económicos, sociales y políticos.

¹⁷ Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) en <https://www.boe.es>.

¹⁸ En <http://www.elpacto.eu>.

9. CONCLUSIÓN

La preocupación de los Estados ante el fenómeno del crimen organizado y el impacto internacional que provoca, afectando el orden social y económico, se refleja en la sanción de tratados y convenciones internacionales.

Sin embargo, no ha resultado suficiente límite la voluntad de la comunidad internacional frente al avance de las organizaciones criminales transnacionales.

Por ello, es de amplia necesidad que los Estados se responsabilicen por el contexto actual en que vive el mundo y ejecuten acciones urgentes, ante el inminente avance de los grupos criminales. La falta de control interno dentro de las instituciones públicas facilita la comisión de actos delictivos, más aún cuando los funcionarios públicos actúan como agentes del crimen organizado.

En cuanto a las investigaciones financieras de estos delitos complejos, es imprescindible que los fiscales y magistrados cuenten con un equipo interdisciplinario de profesionales, expertos en materia contable, financiera y económica, a fin de eficientizar los procedimientos judiciales, optimizando los recursos públicos y economizando los tiempos procesales.

Los delitos que conforman el crimen organizado atentan contra la paz, los derechos humanos, la seguridad, el orden económico y financiero, la Administración Pública y de Justicia, el ambiente, socavando el desarrollo cultural, político, ético, civil, moral y social. Los ODS son el reflejo de la devastadora realidad que enfrentan las naciones. Por ello, la criminalidad organizada debe ser incluida dentro de los crímenes graves transnacionales, establecidos por el Estatuto de Roma, a los efectos de que la Corte Penal Internacional pueda ejercer su competencia jurisdiccional.

Los Estados deben concentrar su energía en un plan de acción conjunto, basado en la cooperación internacional, en materia jurídica, penitenciaria, económica y financiera, construyendo vías de comunicación, directas, eficientes, certeras y rápidas, para facilitar el entrecruzamiento de información, a fin de detectar maniobras delictivas relacionadas con el crimen organizado. Es preciso que los Estados se unan para limitar el avance de este flagelo contra la humanidad.

El contexto actual político, económico y social demanda una transformación en los poderes del Estado, a fin de evitar que las múltiples organizaciones criminales que operan en red desde distintos puntos geográficos se sigan empoderando y, en un futuro, ocupen su lugar.

BIBLIOGRAFÍA

57ª Sesión de la Asamblea General de la O.I.P.C.- INTERPOL, Bangkok, noviembre 1988, disponible en: <https://www.interpol.int>.

BASILICO, Ricardo, *Corrupción, globalización y criminalidad organizada*, clase de Cohecho y Tráfico de influencias, Seminario de Delitos Penales contra la Administración Pública, Facultad de Derecho, UBA, 2017.

CHYRIKINS, Héctor - PHALEN ACUÑA, Ricardo, y otros, *Teoría Contable*, Macchi, 1998.

Directiva n° 10415/00- ENFOPOL del Consejo de la Unión Europea, Anexo IV; disponible en <http://data.consilium.europa.eu>.

FATF/OECD, *Guidance for a risk-based approach: Money or Value Transfer Services*, France, 2016.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009.

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Global Financial Report 2017*, New York, 2017.

GAFISUD 11, II Plen 1 “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación”, febrero 2012; disponible en <http://www.fatf-gafi.org>.

INTERPOL, “Estrategias sobre Delincuencia Organizada y nuevas tendencias delictivas”, disponible en: <https://www.interpol.int>.

NACIONES UNIDAS, *Nuestro futuro común*, Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Asamblea General, 1987.

- Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, “Informe de la Conferencia de las Partes sobre su quinto período de sesiones”, Viena, octubre 2010.
 - Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). En: <https://www.un.org/sustainabledevelopment>.
- OSZLAK, Oscar, “Estado Abierto: Hacia un nuevo paradigma de gestión pública”, ponencia presentada en Congreso CLAD, Montevideo, 2013, disponible en <http://www.oscaroszlak.org.ar>.
- Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) en <https://www.boe.es>.
- RUZ GUTIÉRREZ, Pablo, *Principales problemas de los macroprocesos desde la perspectiva del juez de instrucción*, Cuadernos digitales, Madrid, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Civitas, Madrid, 2001.
- US DEPARTMENT OF JUSTICE, Drug Enforcement Administration, “2017 National Drug Threat Assessment”.

LA IMPORTANCIA DE LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

MATÍAS CARLOS FROMENT

1. INTRODUCCIÓN

El recupero de activos es una tendencia en constante crecimiento a nivel mundial, que plantea el desafío de diseñar estrategias e instrumentos jurídicos efectivos con el fin de resarcir el daño social producido por la transgresión al ordenamiento jurídico actual.

No sólo tiene una importancia por sí misma, por lo que significa recuperar el bien en términos de quebrar el negocio, lograr una reparación auténtica de la víctima o lograr que la sociedad se haga con aquellos activos ilícitos para utilizarlos con fines correctos, sino también porque orientarse a partir de los bienes ayuda a la investigación del propio delito.

Esto obliga a los Estados a redoblar los esfuerzos para combatirlos y, con ello, identificar a los máximos responsables de acuerdo a la gravedad de sus actos y recuperar para la sociedad el producto del delito. Para ello deben implementar tecnologías en materia penal y herramientas legales que permitan investigar adecuadamente a los grupos criminales, conforme a las obligaciones asumidas por los Estados a través de la suscripción de las diferentes convenciones internacionales.

Por ello, vamos a intentar en estas pocas líneas introducirnos en esta problemática analizando diferentes soluciones que buscan los Estados para el recupero de activos.

2. TRATAMIENTO INTERNACIONAL

En el ámbito internacional, los Estados adquirieron compromisos tendientes a la implementación de acciones especí-

ficas que permitieran la identificación de bienes y el recupero de activos de origen ilícito. Para ello, los Estados firmaron y ratificaron distintos instrumentos internacionales, así como se incorporaron a diferentes organismos internacionales.

A día de hoy y fruto de tales acuerdos, nos encontramos con amplios estándares internacionales incluidos en distintos instrumentos jurídicos.

*1) Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 1988)*¹

Esta Convención surge en el contexto político, histórico y sociológico que se desarrolló a lo largo de los años setenta y ochenta y llevó a la adopción de medidas más represivas. El incremento de la demanda de cannabis, cocaína y heroína con fines no terapéuticos, especialmente en los países desarrollados, propició que en los países donde se habían cultivado tradicionalmente estas plantas surgiera un fenómeno de producción ilícita a gran escala para abastecer ese mercado.

El tráfico internacional de estupefacientes ilícitos muy pronto se convirtió en un comercio multimillonario controlado por grupos delictivos organizados. Esta rápida expansión del comercio ilícito de drogas proporcionó los argumentos para intensificar una lucha que se transformaría en una auténtica guerra contra las drogas, especialmente en los países tradicionalmente productores de estas sustancias.

Así las cosas, en los considerandos de la Convención se establece que resultaba necesario establecer medidas de control con respecto a determinadas sustancias, como los precursores, productos químicos y disolventes, que se utilizan en la fabricación de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y que, por la facilidad con que se consiguen, han provocado un aumento de la fabricación clandestina de esas drogas y sustancias².

¹ Ratificada por ley argentina 24.072, publicada en el Boletín Oficial el 14/4/92.

² FROMENT, Matías Carlos y ÁLVAREZ, Matías Gabriel, "La narcocriminalidad en el Derecho Penal", en la *Revista Iberoamericana de Derecho Penal y Criminología* IJ-DXLI-968.

En cuanto a la recuperación de activos, el art. 5, que lleva como título “Decomiso”, dispone que “Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del art. 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto; b) Cada una de las Partes adoptará también las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras a su eventual decomiso”³.

*2) Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 1996)*⁴

En su artículo primero define qué es la “función pública”, y la entiende como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural o en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”. A su vez, nos da una definición de “funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público”: “cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”. Por último, define el término “bienes” como “los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”.

³ Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (ONU), Viena, 1988 (<https://www.unodc.org>).

⁴ Ratificada por ley argentina 24.759, publicada en el Boletín Oficial el 17/1/97. http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_interame_contr_corrup.pdf.

En lo que aquí interesa, la Convención, en su art. XII, pone de manifiesto que no será necesario que los actos de corrupción descritos en el art. VI produzcan perjuicio patrimonial al Estado. Asimismo, los Estados se deben la más amplia asistencia y cooperación recíproca para la investigación de estos delitos, hasta el punto de que, si se invoca esta Convención, el otro Estado no puede oponer secreto bancario, por ejemplo.

En relación a los bienes, un Estado podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas.

3) Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (OCDE) (París, 1997)⁵.

Aquí se define al “funcionario público extranjero” como “cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o electo; 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 pública internacional”.

A su vez, exhorta a los Estados a tomar medidas necesarias para tipificar como delito el hecho de “que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario u otro favor, ya sea directamente o mediante intermediarios, a un funcionario público extranjero, para ese funcionario o para un tercero, con el fin de que el funcionario actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de sus funciones oficiales, con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio indebido en la realización de actividades económicas internacionales”.

Asimismo, los Estados deben tipificar como delito “la complicidad, incluidas la instigación o autorización de un acto de

⁵ Ratificada por ley argentina 25.319, publicada en el Boletín oficial el 18/10/00. <http://servicios.infoleg.gob.ar>.

cohecho de un funcionario público extranjero. La tentativa y asociación para sobornar a un funcionario público extranjero constituirán delitos penales en la misma medida que la tentativa y asociación para sobornar a un funcionario público". Alentando también a que se tomen medidas penales sobre las personas jurídicas y, en todos los casos, tomar medidas para el tratamiento del blanqueo de capitales que posea como delitos precedentes, los tratados en esta Convención.

4) Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Nueva York, 1999)⁶.

Este convenio define quién comete el delito de financiación de la siguiente manera: "quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer: a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado; b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo".

Una de las cuestiones que entiendo sumamente interesante es que el Convenio resalta que no es necesario que los fondos se hayan usado efectivamente para perpetrar uno de los delitos que menciona, sino que comete el delito de financiación quien recolecte, provea fondos, participe como cómplice, organice, dé órdenes a otros de cometerlo o contribuya a la comisión por un grupo de personas que actúe con un propósito común. La contribución deberá ser intencionada y

⁶ Ratificado por ley argentina 26.024, publicada en el Boletín Oficial el 19/4/05. <http://servicios.infoleg.gob.ar>.

hacerse con el propósito de facilitar la actividad delictiva o los fines delictivos del grupo, cuando esa actividad o esos fines impliquen la comisión de un delito estipulado en el Convenio, con conocimiento de la intención del grupo.

El Convenio se aplicará cuando el delito se haya cometido en un solo Estado, el presunto delincuente sea nacional del mismo, se encuentre en su territorio y ningún otro Estado se encuentre facultado para ejercer la jurisdicción.

En cuanto a los bienes, cada Estado parte adoptará las medidas que resulten necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos internos, para la identificación, la detección y el aseguramiento o la incautación de todos los fondos utilizados o asignados para cometer los delitos y el producto obtenido, debiendo establecer las bases legales para decomisar dichos bienes y sus productos.

Por último, en lo que aquí respecta, se pueden establecer mecanismos mediante los cuales los fondos procedentes de los decomisos se utilicen para indemnizar a las víctimas o de sus familiares.

5) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo, 2000⁷

Esta convención define al denominado “grupo delictivo organizado” como un grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico.

La Convención pretende, haciendo mención especial a la necesidad de cooperación internacional, la aplicación efectiva de sanciones penales para estos grupos, además de las que correspondan por la actividad delictiva en sí misma –resaltando el blanqueo de capitales y la corrupción asociada–.

Para ello, y a pesar de poseer un articulado muy escueto, la Convención recoge en tres extensos artículos la recupe-

⁷ Ratificada por ley argentina 25.632, publicada en el Boletín Oficial el 30/8/02.

ración de activos, estableciendo un cambio de paradigma al respecto. Así, se dirige tanto a los representantes del Poder Judicial como al Ministerio Público Fiscal para que no se dediquen exclusivamente a la investigación del delito fuente, sino también hace saber que deben dedicarse fundamentalmente y desde el comienzo a la investigación patrimonial, generando una estrategia de casos tal que les permita recuperar los bienes.

En cuanto a las acciones que deben ser implementadas en el marco del proceso penal, el art. 12 regula de manera amplia las facultades estatales para proceder al decomiso de bienes y determina, entre otras cuestiones, las siguientes: los Estados partes adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las que sean necesarias para autorizar el decomiso: “a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención”. Asimismo, “adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso” y podrán exigir que el imputado demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno.

*6) Convención Interamericana contra el Terrorismo (Bridgetown, 2002)*⁸

La Convención tiene como objeto prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo. Para tal efecto, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias y fortalecer la cooperación entre ellos.

⁸ Ratificada por la ley argentina 26.023, publicada en el Boletín Oficial el 18/4/05. <http://servicios.infoleg.gob.ar>.

Se entiende por "delito" aquellos establecidos en:

- Los Convenios: a) para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; b) para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; c) sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980; d) para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; e) para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997; f) Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999.

- Las Convenciones: a) sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973; b) Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979.

- Los Protocolos: a) para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988; b) para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988.

Por último, en líneas generales, se establecen para los Estados los lineamientos para la cooperación en el ámbito fronterizo, asistencia jurídica mutua, inaplicabilidad de la excepción por delito político, denegación de la condición de refugiado y de asilo. Asimismo, establece consultas entre las partes, embargo y decomiso de fondos u otros bienes y, entre otras cuestiones, menciona que deben ser delitos determinantes del lavado de dinero.

7) *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (Nueva York, 2003)⁹

En este caso, teniendo en cuenta el objeto de la Convención y que la misma ya fue mencionada a lo largo de esta obra, simplemente haremos algunas referencias específicas a su respecto.

La finalidad es promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos y la recuperación de activos, de manera que los bienes colocados/ocultos en países extranjeros retornen al país del que salieron.

En este punto, y en lo que hace al objeto del presente trabajo, el art. 31 hace mención al “embargo preventivo, incautación y decomiso”. En el mismo se establece que:

1. Cada Estado parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) de los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se haga referencia en el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

3. Cada Estado parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para regular la administración, por parte de

⁹ Ratificada por ley argentina 26.097, publicada en el Boletín Oficial el 9/6/06. <http://servicios.infoleg.gob.ar>.

las autoridades competentes, de los bienes embargados, incautados o decomisados comprendidos en los párrafos 1 y 2.

4. Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, estos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

5. Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación.

6. Los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido dicho producto o de bienes con los que se haya entremezclado ese producto del delito también serán objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.

7. A los efectos del presente artículo y del art. 55 de la presente Convención, cada Estado parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

8) Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)

En este punto corresponde recordar que el Grupo de Acción Financiera Internacional, en adelante GAFI, es un organismo intergubernamental cuyo propósito es el desarrollo y la promoción de políticas, a nivel nacional e internacional, para combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

Actualmente cuenta con 36 miembros plenos –34 jurisdicciones y 2 organizaciones internacionales–, 8 miembros asociados –grupos regionales estilo GAFI– y 25 miembros observadores, constituidos principalmente por organizaciones internacionales con incumbencias directas o indirectas en la materia¹⁰.

¹⁰ <https://www.argentina.gob.ar>

Este organismo dicta una serie de recomendaciones que constituyen un esquema de medidas completas y consistentes, que los países deben implementar para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, así como también el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva¹¹.

En igual sentido a los convenios y convenciones que enumeramos anteriormente, el Grupo de Acción Financiero Internacional posee dos recomendaciones específicas destinadas al decomiso para el recupero de activos y otra relativa a la colaboración internacional en materia de decomiso.

3. LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN RELACIÓN A LOS DELITOS PRECEDENTES

La investigación del delito de lavado de activos cambia paradigáticamente a partir de los estándares internacionales, en tanto logran correr el centro de gravedad de la importancia de la investigación hacia la detección de los bienes.

Ahora bien, esto no significa que pierda importancia la investigación del hecho que diera origen a la investigación patrimonial. Antes al contrario, una investigación de lavado de activos nace a partir de la detección de bienes, que no solamente es fundamental para cumplir con los estándares mencionados, sino también para la prueba del hecho precedente.

Los encargados de la persecución penal –jueces o fiscales– tradicionalmente fueron preparados para investigar sobre la comisión de hechos delictivos y obtener absoluciones o condenas. En este punto, resulta sumamente importante incorporar las investigaciones patrimoniales –preliminares– de los sospechosos de haber participado en la criminalidad compleja. Resultando esto medular para que el delito no resulte provechoso.

Para ello, no basta solamente con una ley penal, sino que es necesario instrumentar, aplicar estrategias y medidas conjuntas entre los Poderes del Estado y mediante la colabora-

¹¹ Ibidem.

ción internacional elaborando una política criminal integral que posibilite un adecuado proceder para el recupero. Entendiendo que una buena consolidación de colaboración interna facilita la colaboración internacional al respecto.

En ese sentido, es sumamente importante resaltar que, para una investigación eficaz de este tipo de delitos transnacionales, deben establecerse equipos de investigación conjuntos encabezados por fiscales, jueces y fuerzas de seguridad que lleven adelante la investigación en sus respectivos países, intercambiando en tiempo real información y pruebas que se obtengan de sus propias investigaciones.

A modo de ejemplo, interesa hacer mención a un caso de cooperación internacional entre la República Argentina y el Reino de España. Así, en dicho procedimiento que se llevó a cabo a través de una investigación conjunta desarrollada por el titular de la Fiscalía n° 1 en lo Penal Económico junto a la Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR) y la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC), se logró desbaratar una organización dedicada al narcotráfico y al lavado de activos que operaba en Argentina y España, denominada “Clan Loza” o “Familia Loza”. Conforme fuera publicado por la página del Ministerio Público Fiscal:

“Si bien la organización venía siendo investigada desde hace siete años, la causa se inició el 20 de noviembre de 2017 cuando dos personas fueron detenidas en el Aeropuerto Internacional Ministro Pistarini de Ezeiza, al intentar ingresar a nuestro país € 365.800, acondicionados y distribuidos en los doble fondos de tres valijas que habían despachado en un vuelo de Aerolíneas Argentinas que provenía de Madrid. A través de la PROCUNAR se estableció que el dinero estaba relacionado con una organización narcocriminal transnacional, que era investigada por la justicia federal Argentina y por la Policía Nacional Española.

“La pesquisa fue posible por el trabajo conjunto desplegado por distintas agencias estatales, encabezados por el Ministerio Público Fiscal junto a la Gendarmería Nacional, la Agencia Federal de Inteligencia (AFI), el Departamento Narcotráfico de la Dirección Nacional de Aduanas de Agencia Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y la Unidad de Información Financiera (UIF). Asimismo, se contó con la colaboración de la Dirección General de Cooperación Regional e Internacional (DGCRI) de

la PGN –que coordina Diego Solernó–, la Administración para el Control de Droga de Estados Unidos –*Drug Enforcement Administration* (DEA)– y la Justicia del Reino de España.

”En el tramo investigado en Argentina, los representantes del Ministerio Público Fiscal le solicitaron al titular del Juzgado n° 2 en lo Penal Económico, Pablo Yadarola, el allanamiento de 47 inmuebles, la detención de 12 personas y se libraron 13 órdenes de presentación judicial, que fueron materializadas por la Unidad de Operaciones Antidrogas de la Gendarmería Nacional Argentina. Asimismo, en forma simultánea y coordinada, en España se llevaron a cabo otros 26 allanamientos y 23 detenciones, respecto a la parte de la organización que se encuentra asentada en dicho país europeo.

”Las características y magnitud de la estructura criminal investigada –que tenía puntos de contacto en Bolivia, Colombia, Inglaterra, Irlanda, Italia y Perú– implicó la actuación simultánea y el intercambio de información en tiempo real entre las autoridades policiales y judiciales de la República Argentina, del Reino de España y de la República Italiana. Ello fue posible gracias a la creación de un Equipo Conjunto de Investigación –bajo el amparo de EUROJUST– que trabajó de manera mancomunada para reunir un solo conjunto de pruebas que sirviera en todos los países. Parte de la información de inteligencia fue aportada también por la DEA de Estados Unidos.

”A lo largo de la investigación, y durante varios meses, se dispusieron diversas intervenciones telefónicas y seguimientos, se utilizaron agentes encubiertos y otras técnicas especiales de investigación, que permitieron conocer con mayor detalle la estructura de la organización y sus maniobras económicas.

”La detención de los dos hombres en el Aeropuerto Internacional de Ezeiza fue el punto de inflexión, en que se comenzó el trabajo conjunto que permitió conocer el funcionamiento de una asociación criminal de carácter transnacional con actuación estable, soporte estructural, división de roles, con capacidad para articular acciones tendientes a sostener el desarrollo de la actividad ilícita en el tiempo, y que tuvo como finalidad principal el tráfico ilícito de estupefacientes, especialmente el contrabando desde la Argentina hacia el Reino de España, el contrabando de divisas desde Europa al territorio nacional y el manejo de los fondos producidos en pos de mantener vigente su estructura delictiva, desde el año 2008 a la actualidad.

"También se estableció que las sustancias estupefacientes comercializadas por esta organización provenían del Estado Plurinacional de Bolivia y de la República de Perú, y eran posteriormente enviadas desde nuestro país –aunque, en algunos casos posiblemente también desde otro país de Sudamérica– hacia el continente europeo, principalmente a España. Desde allí, en algunas ocasiones, eran distribuidas o vendidas a otras organizaciones asentadas en ese país, como así también en Italia, Irlanda e Inglaterra.

"Las ganancias provenientes del tráfico de sustancias estupefacientes –dólares y euros, principalmente, que se estiman en no menos de 5.000.000 de euros– ingresaban posteriormente al país por vía aérea, escondidas en el equipaje que traían consigo distintos miembros de la organización –en ocasiones en connivencia con funcionarios aduaneros– y que luego eran introducidas al sistema financiero a través de distintas maniobras delictivas. Conforme se pudo conocer a través de la investigación, los miembros del grupo contaban con un importante poder adquisitivo, que les permitió obtener una gran cantidad de inmuebles y vehículos de alta gama entre los que se cuentan una Ferrari, dos Mercedes Benz y un Chevrolet Camaro, entre otros"¹².

Este caso demuestra la necesidad de trabajar de manera coordinada para el recupero de activos, tanto entre los distintos organismos del propio Estado como también con Estados extranjeros.

Y es que la recuperación de activos es una de las prioridades de la política criminal, puesto que se ha visto una gran concientización a medida que se ha incrementado el delito de blanqueo de capitales a nivel mundial.

Es sabido que existe una relación entre alguna delincuencia y los flujos económicos. Hay una racionalidad de la eficiencia del delito, donde ciertos delitos –una mayoría– se cometen valorando que el fruto económico de la actividad delictiva que reportará beneficios y, por ende, existe una necesidad de integrar beneficios en el sistema financiero económico legal.

El interés estatal, entonces, está dado por el castigo al delito originario y en la lucha para la no obtención de un bene-

¹² <https://www.fiscales.gob.ar>.

ficio adicional. Por ejemplo, en la comunicación de fecha 20 de noviembre de 2008 de la Comisión al Parlamento Europeo, se hizo saber que los productos de la delincuencia organizada deben garantizar que el “delito no resulte provechoso”¹³. Impedir la conversión o transformación de bienes cuya generación se produce extramuros de la legalidad.

En definitiva, y tal como lo venimos manifestando, en la mayoría de los casos se busca esconder los bienes obtenidos de manera ilícita en otros países para entorpecer el accionar de la justicia. Por ello, es fundamental la colaboración internacional, tanto a nivel regional como del mundo, para que a través de la misma se brinden las herramientas necesarias para la recuperación de activos.

Los Estados, a fin de combatir los delitos de lavado de activos y la posible identificación de los delitos precedentes, se han estructurado a través de un sistema preventivo y un esquema represivo que necesariamente deben ser específicos y originales.

Tal es así que los instrumentos de prevención del lavado de dinero tienen como objetivo último el decomiso de los bienes y su utilización como prueba del delito cometido (que tiene como finalidad mantener la eficacia disuasoria de la pena establecida para el delito previo)¹⁴.

Es decir que el ordenamiento jurídico incorpora el deber de colaboración del sector privado. Allí, se prevén sanciones administrativas y tipos penales de peligro abstracto –expresamente no requiere una cierta situación de peligro, el fundamento para su castigo es la peligrosidad de la conducta–. En definitiva, se castiga una acción típicamente peligrosa.

El sector privado debe aplicar las políticas de “conozca a su cliente” o *“Know your Customer”* bajo una debida diligencia¹⁵ y

¹³ *Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso”*, COM (2008) 766 final de 20/11/08.

¹⁴ BERMEJO, Mateo y GENOVESE, Marcos, *El delito de blanqueo de capitales*, Capítulo III, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2017.

¹⁵ En el caso argentino la Unidad de Información Financiera, conforme ley 25.246, es el organismo encargado del análisis, tratamiento

sus operatorias deben necesariamente evitar que se comenten delitos bajo su órbita. Para ello aparecen los *gatekeepers* y los *whistleblowers*, quienes no deberían llevar adelante operaciones que resulten sospechosas e informar a las respectivas Unidades de Información financiera¹⁶.

En esta línea, una de las principales obligaciones del sujeto obligado es la de conocer a sus clientes (por ejemplo: razón social, fecha y número de inscripción registral, Código Único de Identificación Tributaria, fecha del contrato o escritura de constitución, entre otros), efectuar un análisis sobre las variaciones de las operaciones realizadas por los clientes y sus operatorias, llevar y conservar registros adecuados, reportar operaciones inusuales o sospechosas a la Unidad de Información Financiera y proporcionar todos los informes y antecedentes que este organismo le solicite, no pudiendo oponerle ninguna disposición vinculada a secreto.

Las inusualidades o sospechas deben basarse primeramente en el monto, tipo, frecuencia y naturaleza de las operaciones que realicen los clientes que no guarden relación con los antecedentes y la actividad económica de los mismos montos inusualmente elevados, la complejidad y modalidades no habituales de las operaciones que realicen los clientes. Existencia del mismo domicilio en cabeza de distintas personas jurídicas o cuando las mismas personas físicas revistieren el carácter de autorizadas y/o apoderadas en diferentes personas jurídicas, y no existiere razón económica o legal

y transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir los delitos de Lavado de Activos y de Financiación del Terrorismo (LA/FT), y en lo que a este punto refiere, por ejemplo, ha dictado la Resolución E-30/2017 destinada a Entidades Financieras y Cambiarias, y la Resolución E-21/2018 aplicable al Mercado de Capitales y al Mercado Asegurador mediante la Resolución 28/2018.

¹⁶ Dependiendo del Estado que se trate puede variar el nombre, pero son agrupadas por el Grupo Egmont, el cual está conformado por Unidades de Inteligencia Financiera (UIF), allí disponen de una red para intercambiar información, conocimientos y tecnología en la lucha contra el blanqueo de capitales y el financiamiento del terrorismo. <https://www.egmontgroup.org>.

para ello, depósitos en efectivo de grandes sumas en cuentas bancarias relacionadas entre otras.

En relación a ello, en la República de Chile conforme al informe sobre tipologías efectuado por la Unidad de Análisis Financiero de ese país¹⁷, el 9° Juzgado de Garantía de Santiago –mediante las sentencias condenatorias n° 77 –RUC 1500260473-3/ 3490-2015- y n° 78 –RUC 1500260473-3/ 3490-2015– condenó a dos personas mediante juicio abreviado por malversación de caudales públicos con fondos extranjeros. Los hechos y las señales de alerta detectados fueron los siguientes:

“NPCC, junto a su padre LACM, en conocimiento directo del origen ilícito de los fondos obtenidos por la pareja de su hija, un alto funcionario público de la República de Honduras, participaron directa y conscientemente del ocultamiento y disimulación de los fondos obtenidos ilícitamente. La pareja de NPCC, aprovechando su alto cargo en una institución pública hondureña, celebró diversos contratos relacionados con prestaciones de servicios con empresas de tecnología, aceptando por ellos múltiples sobornos. Con el propósito de desvirtuar el origen ilícito de su enriquecimiento, creó una serie de sociedades ficticias, a través de las cuales canalizó los fondos, desvirtuando de esta forma su proceder ilícito. Fue así como NPCC recibió una serie de transferencias y pagos electrónicos provenientes de los sobornos aceptados por su pareja, quien, con el fin de ocultar y desvirtuar el origen de sus ingresos, suscribió diversos contratos falsos de prestación de servicios a empresas de fachada creadas por su pareja. Los servicios suscritos por NPCC nunca fueron realizados y se trataron de una mera pantalla para justificar su incremento patrimonial. Los fondos recibidos por NPCC

¹⁷ IV Informe de Tipologías y Señales de Alerta de Lavado de Activos en Chile, Análisis de Sentencias Definitivas Condenatorias 2007-2017. Documento elaborado por la Unidad de Análisis Financiero, con la colaboración de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado (ULDDECO) del Ministerio Público, que analiza las 91 sentencias condenatorias que han dictado los Tribunales de Justicia chilenos entre los años 2007 y 2017 por el delito de lavado de activos, y que involucran a 176 personas sentenciadas. (<https://www.uaf.cl>).

provenían principalmente de cuentas asociadas a las sociedades fachadas creadas por su pareja, incluyendo cuentas de ahorro. Estas últimas eran utilizadas para desviar la atención de su real utilización. Entre los medios empleados por los condenados se tienen transferencias electrónicas y vales vista internacionales, dadas las cuentas bancarias que la pareja poseía en Estados Unidos y Panamá. Asimismo, para la canalización directa de los fondos se emplearon giros de dinero en efectivo, para los cuales se utilizó una casa de cambio registrada en Chile. Estos recursos fueron invertidos por NPCC en la adquisición de bienes inmuebles; entre ellos, dos departamentos en Santiago y una parcela en la comuna del Tabo. También adquirió un vehículo para su padre, LACM. Este último, en conocimiento de los actos ilícitos realizados por la pareja de su hija, solicitó directamente a la pareja dinero para invertir en la adquisición de un camión para su empresa de transportes, recientemente creada. Los fondos fueron enviados a través de giros de dinero canalizados por la misma casa de cambio. Adicionalmente, LACM percibió ingresos por el arriendo de dos de los inmuebles adquiridos por su hija con dineros provenientes de la corrupción. La condenada y su padre no registraron ninguna actividad comercial o remunerada lícita que les permitiera justificar el veloz incremento patrimonial”.

Allí se resaltan las diferentes señales de alerta que generaron el inicio de las investigaciones, entre las que podemos mencionar operaciones que no se condicen con el perfil del cliente, que en un corto período aparece como dueño de importantes y nuevos negocios y/o activos. Realizó compras para terceros, que permiten el anonimato en la propiedad de los bienes. Verificaron un cambio repentino del comportamiento financiero. A su vez, sin justificación aparente, comienza a recibir transferencias desde el exterior por montos elevados frecuentemente, justifica el origen de fondos con documentos falsos, retira montos importantes de dinero desde cuentas que han permanecido sin movimientos, o que recibieron depósitos inusuales provenientes de cuentas de bancos nacionales o extranjeros. La cuenta bancaria que registra abonos por transferencias de dineros provenientes de países considerados riesgosos, cuando el titular no posee antecedentes que acrediten o justifiquen esos flujos de fondos; transferencias desde una

cuenta empresa a la cuenta personal, sin información respecto de la naturaleza u origen de los fondos. Por último, detectaron varias cuentas corrientes en moneda nacional y extranjera, sin que exista una razón de negocio que lo justifique.

En el caso argentino, todo ello se ve plasmado en el texto de la ley 25.246 y en las disposiciones de la Unidad de Información Financiera. Un sujeto obligado debe catalogar como sospechosa una operación e informarla a la Unidad de Información Financiera, cuando aquellas transacciones que de acuerdo a los usos y costumbres de la actividad que se trate, como así también de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica, o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas en forma aislada o reiterada.

Específicamente el art. 20 bis reza: "El deber de informar es la obligación legal que tienen los sujetos enumerados en el art. 20, en su ámbito de actuación, de poner a disposición de la Unidad de Información Financiera (UIF) la documentación recabada de sus clientes en cumplimiento de lo establecido en el art. 21 inciso a) y de llevar a conocimiento de la Unidad de Información Financiera (UIF), las conductas o actividades de las personas físicas o jurídicas, a través de las cuales pudiese inferirse la existencia de una situación atípica que fuera susceptible de configurar un hecho u operación sospechosa, de lavado de activos o financiación de terrorismo".

En otro orden de ideas, el art. 22 de la ley argentina 25.246 establece que no se debe poner las actuaciones en conocimiento de las personas allí informadas: "Los funcionarios y empleados de la Unidad de Información Financiera están obligados a guardar secreto de las informaciones recibidas en razón de su cargo, al igual que de las tareas de inteligencia desarrolladas en su consecuencia. El mismo deber de guardar secreto rige para las personas y entidades obligadas por esta ley a suministrar datos a la Unidad de Información Financiera.

"El funcionario o empleado de la Unidad de Información Financiera, así como también las personas que por sí o por otro revelen las informaciones secretas fuera del ámbito de la Unidad de Información Financiera, serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años".

Pongamos un caso a modo de ejemplo. Los hechos denunciados fueron puestos en conocimiento por la Unidad de Información Financiera al Ministerio Público Fiscal argentino. El expediente tuvo su origen el 3 de agosto de 2015, a raíz de la presentación de 22 reportes de operaciones sospechosas, referidos a operaciones consistentes en significativas acreditaciones en cuentas de diferentes cooperativas, de fondos provenientes del gobierno de la provincia de San Fermín, donde las acreditaciones eran retiradas en efectivo y sin justificación alguna.

Posteriormente, con fecha 6 de agosto de 2015, el banco mencionado publicó, mediante comunicado en su sitio web, la existencia de operaciones de lavado de dinero efectuadas a través de organizaciones no gubernamentales que estarían ligadas al gobierno de San Fermín.

En la denuncia se destacó que una vez que el sujeto obligado –en este caso, el Banco San Fermín– presenta los reportes de operaciones sospechosas ante la Unidad de Información Financiera, se encuentra alcanzado por el secreto del art. 22 de la ley 25.246 y por ello impedido de ventilar que han presentado los correspondientes reportes de operaciones sospechosas. En consecuencia, el Banco San Fermín, al efectuar el comunicado en su página web, comete la conducta delictiva enunciada¹⁸.

Por otro lado, el carácter represivo al que hacíamos mención se encuentra estructurado mediante la criminalización de lavado de dinero, decomiso de los beneficios del delito y la elaboración de instrumentos de cooperación internacional judicial y policial.

Todo ese esquema termina siendo fundamental para la investigación patrimonial, siendo que la misma debe, en caso

¹⁸ En Argentina obra un antecedente, resolución de fecha 12/2/16 el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 9, en el marco de la causa n° 11.071/2010, caratulada “Balatti, Silvia Fernanda y otro s/violación de secretos”, publicada en el Centro de Información Judicial, mediante la que se dictó auto de procesamiento por el delito del art. 22 de la ley 25.246.

de ser posible, iniciarse en forma paralela a la investigación por el delito precedente –entre otros, corrupción, narcotráfico, trata de personas–. Esto va a permitir acumular prueba que sirva tanto para una investigación como para la otra (podría ser información relevante que se extraiga de una escucha telefónica o, a la inversa, relaciones de un contribuyente o depósitos en cuentas bancarias).

Ahora bien, en las pesquisas de determinados delitos cuya finalidad es meramente económica (por ejemplo: narcotráfico y corrupción), tal como lo venimos proponiendo, debe realizarse un análisis patrimonial de los investigados, con miras a identificar sus movimientos económicos, individualizar los bienes muebles e inmuebles, detectar operaciones de lavado de dinero y su vinculación con distintas personas humanas y/o jurídicas e intentar verificar cómo financian las actividades que se investigan.

En cuanto a las medidas que se recomiendan para iniciar una investigación patrimonial, necesariamente se deben solicitar informes a la Administración Federal de Ingresos Públicos¹⁹ –en Argentina– o a la Agencia Estatal de Administración Tributaria²⁰ –en España–, al Banco Central de la República Argentina²¹ o al Banco de España²², a modo de ejemplo.

En esa inteligencia, y a fin de conocer los bienes muebles e inmuebles se debe solicitar a los diferentes Registros de la Propiedad Inmueble –que en el caso Argentino debe hacerse por Provincia–, a los Registros de Propiedad Automotor que correspondan, como así también a los Registros de las Personas Jurídicas²³. Toda la información debe solicitarse tanto respecto del investigado como de sus familiares directos y posibles socios.

Como venimos mencionando, la finalidad de estas investigaciones no es ni más ni menos que recuperar los activos y,

¹⁹ <http://www.afip.gob.ar/institucional>

²⁰ <https://www.agenciatributaria.es>

²¹ <http://www.bcra.gov.ar>

²² <https://www.bde.es>

²³ En Argentina <http://www.jus.gob.ar>, y en España, <http://www.rmc.es>.

si son condenados por ejemplo por algún delito que resultara ser el generador de los bienes ilícitos y recuperan la libertad luego de una cantidad de años determinada, no puedan disfrutar de los beneficios de ese u otro delito, es decir, que no les resulte provechoso.

Ello deriva en la necesidad de promover acciones que faciliten el decomiso de productos e instrumentos originados en el delito de blanqueo de capitales y sus delitos precedentes (por ejemplo: narcotráfico, trata de personas, corrupción, entre otros), junto a un adecuado manejo y administración de los bienes incautados y decomisados.

*3.1. Técnicas especiales de investigación*²⁴

Las técnicas a las que haremos mención a continuación son sumamente novedosas para el ordenamiento jurídico argentino, se encuentran contenidas en los instrumentos internacionales que ya estudiamos, como en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988), en la Convención de Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003, en relación con la entrega vigilada, dotan a los organismos policiales y de persecución penal de herramientas que buscan alcanzar los niveles más encumbrados de las organizaciones criminales y reducir su poder fáctico.

Todas ellas se encuentran receptadas en el ordenamiento procesal argentino y hay otras que específicamente están previstas en ciertas leyes como, por ejemplo, las contenidas en la ley 27.319.

Todas estas herramientas implican una actividad encubierta por parte del Estado (muchas veces en la que incluso sus agentes participan de la actividad ilícita) que resulta ne-

²⁴ <http://servicios.infoleg.gob.ar>

cesaria para adquirir conocimiento sobre el funcionamiento y estructura de organizaciones criminales de modo tal de poder construir la base de una acusación contra los líderes de estos grupos²⁵, como así también de personas humanas que actúan por sí solos.

Las técnicas a las que nos referimos en particular son: el agente encubierto, agente revelador, informante, entrega vigilada y arrepentido, a las cuales nos referiremos brevemente a continuación:

a) Agente encubierto

El designado es un funcionario de las fuerzas de seguridad autorizado, altamente calificado, que presta su consentimiento y oculta su identidad. Se infiltra o introduce en las organizaciones criminales o asociaciones delictivas. La finalidad de aplicar esta técnica es la de identificar o detener a los autores, partícipes o encubridores, de impedir la consumación de un delito, o para reunir información y elementos de prueba necesarios para la investigación, con autorización judicial. En el caso argentino la designación a cargo del Ministerio de Seguridad de la Nación, a solicitud judicial.

b) Agente revelador

Un agente de las fuerzas de seguridad es designado a fin de simular interés en comprar o transportar, para sí o para terceros, dinero, bienes, personas, servicios, armas o estupefacientes. La finalidad de su accionar es la de identificar a las personas implicadas en un delito y recolectar material probatorio. A diferencia del agente encubierto, no se infiltra, no permanece en el tiempo en la organización.

Aquí debemos señalar que el agente revelador no crea el dolo (como sí hace el provocador), pues se limita a revelar una conducta ilícita consumada con anterioridad a su intervención o que está en curso de desarrollo y de la cual él es totalmente ajeno.

²⁵ FROMENT - ÁLVAREZ, "La narcocriminalidad en el Derecho Penal" cit.

c) Disposiciones comunes para agente encubierto y agente revelador

1) Información y prueba obtenidas las deben comunicar de inmediato al juez o al fiscal.

2) Podrán ser convocados a juicio solamente en el caso de que su testimonio resulte imprescindible.

3) No serán punibles en el caso que se vean compelidos a incurrir en la comisión de un delito como consecuencia de la tarea que les fue encomendada por el órgano judicial.

4) Serán imputados cuando por la ejecución de un hecho delictivo se pusiera en riesgo la vida, la integridad psíquica o física; o la imposición de un grave padecimiento físico o moral de una persona.

d) Informante

El art. 13 de la ley 27.319 dispone que tendrá carácter de informante aquella persona que, bajo reserva de identidad, a cambio de un beneficio económico, aporte a las fuerzas de seguridad, policiales u otros organismos encargados de la investigación de hechos ilícitos, datos, informes, testimonios, documentación o cualquier otro elemento o referencia pertinente y útil que permita iniciar o guiar la investigación para la detección de individuos u organizaciones dedicados a la planificación, preparación, comisión, apoyo o financiamiento de los delitos contemplados en la presente ley.

e) Entrega vigilada

El juez, de oficio o a pedido del Ministerio Público Fiscal, en audiencia unilateral, podrá autorizar que se postergue la detención de personas o secuestro de bienes cuando estime que la ejecución inmediata de dichas medidas puede comprometer el éxito de la investigación.

El juez podrá incluso suspender la interceptación en territorio argentino de una remesa ilícita y permitir que entren, circulen o salgan del territorio nacional, sin interferencia de la autoridad competente y bajo su control y vigilancia, con el fin de identificar a los partícipes, reunir información y elementos de convicción necesarios para la investigación, siem-

pre y cuando tuviere la seguridad de que será vigilada por las autoridades judiciales del país de destino. Esta medida deberá disponerse por resolución fundada.

f) Arrepentido

Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los que se mencionarán, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.

La información debe contribuir a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito, esclarecer el hecho, revelar identidades, proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance o el paradero de víctimas privadas de su libertad, averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito e indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas.

Por último, estas herramientas deben estar enmarcadas en una normativa específica que establezca las condiciones para su utilización, respetando principios de excepcionalidad, necesidad y judicialidad, ponderando al momento de su aplicación concreta la lesión al derecho a la privacidad y defensa en juicio.

4. SITUACIÓN ARGENTINA EN RELACIÓN AL RECUPERO Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

En el ámbito de la Procuración General de la Nación²⁶ se encuentran vigentes diferentes resoluciones que pretenden mejorar la eficacia de las investigaciones complejas, así como cumplir con los compromisos internacionales asumidos. A continuación, referenciaremos las resoluciones que a nuestro entender resultan ser las principales:

Mediante la Resolución PGN n° 129/09 se instruyó a los fiscales para que adoptaran las medidas cautelares neces-

²⁶ <https://www.mpf.gob.ar>

rias, desde el inicio del proceso, para asegurar el recupero de los bienes provenientes de hechos de corrupción, narcotráfico, lavado de dinero, trata de personas, evasión tributaria, contrabando y demás delitos vinculados a la criminalidad económica, de modo tal de asegurar, en el momento oportuno y sin dilaciones innecesarias, el impedimento de su libre disposición por parte de los imputados o las personas jurídicas que representan, que indefectiblemente culmina en la desaparición de los fondos y la imposibilidad de recupero al momento de finalizar el proceso²⁷.

A su vez, la Resolución PGN n° 134/09 dispuso que los fiscales, en el marco de las investigaciones que se llevaran a cabo por hechos de corrupción, narcotráfico, lavado de dinero, trata de personas, evasión tributaria, contrabando y demás delitos relacionados con la criminalidad económica, realizaran –en forma simultánea a las medidas destinadas a lograr el esclarecimiento del hecho ilícito– la investigación patrimonial de cada una de las personas involucradas²⁸. Ello encuentra en la misma línea a lo planteado en el punto 3 del presente.

Asimismo, la Procuración General de la Nación, en línea con la Política Criminal, decidió crear las denominadas Procuradurías especializadas en delitos complejos como por ejemplo: de Criminalidad Económica y Lavado de Activos –PROCELAC– (Resolución PGN n° 914/2012), la de Narcocriminalidad –PROCUNAR– (Resolución PGN n° 208/2013 y modificada por la Resolución 942/2016), de Violencia Institucional –PROCUVIN– (Resolución PGN n° 455/2013), de Combate de la Trata y Explotación de Personas –PROTEX– (Resolución PGN n° 805/2013) y, finalmente, de Crímenes contra la Humanidad (Resolución PGN n° 1442/13).

4.1. Medidas cautelares

Tal como se viene poniendo de manifiesto a lo largo de esta obra, en el ordenamiento jurídico argentino son numerosas

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

las normas que regulan la incautación y posterior decomiso de los bienes involucrados a actividades delictivas durante el proceso penal.

El Ministerio Público Fiscal se encuentra autorizado a iniciar investigaciones preliminares, pero lamentablemente el sistema judicial actual, no le permite ni siquiera solicitar información amparada por el secreto fiscal, bancario, bursátil como así tampoco el amparado en la ley 25.246 respecto de la información que posea la Unidad de Información Financiera.

Menos aún llevar a cabo algunas medidas de prueba como las reguladas en la ley 27.319 denominada "Investigación, Prevención y Lucha de los delitos complejos. Herramientas. Facultades", tal como fue expuesto en el título anterior y el cual será tratado en profundidad en una futura publicación, esto necesariamente impone la temprana formalización o judicialización de la investigación preliminar, ya que es el juez quien está facultado a ordenar medidas de investigación restrictivas de derechos²⁹, como son las medidas cautelares.

Estas son definidas como "aquellas que tienden a asegurar el resultado de la sentencia que recaerá en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada haciendo imposible su cumplimiento"³⁰. Por su parte, Kielmanovich enseña que "se establecen por la ley resoluciones preventivas o cautelares para asegurar los bienes y las personas involucradas en la litis, y para ello el mantenimiento o, en algunos casos, la alteración de los estados de hecho y de derecho vigentes"³¹.

²⁹ Ya en el año 2009, Guillermo Jorge manifestaba esta problemática en el marco del proyecto "Control de la corrupción, mecanismos de denuncia y recuperación de activos: investigación e impulso público", implementado por ACIJ y el Área de Derecho de la Universidad de San Andrés, y auspiciado por la Embajada Británica en Buenos Aires: Recuperación de Activos de la corrupción en argentina Recomendaciones de política Institucional y agenda legislativa noviembre de 2009.

³⁰ LEGUISAMÓN, *Derecho Procesal Civil*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, t. II, p. 541.

³¹ KIELMANOVICH, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado*, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 264.

Mientras que Andrés D'Alessio nos dice que "son instrumentos del delito (*instrumenta sceleris*) los objetos que intencionalmente han sido utilizados para consumir o intentar el delito, como por ejemplo armas, inmuebles, vehículos, cuentas bancarias, ya sea que de tales objetos se hayan servido todos los participantes o algunos de ellos"³².

En lo que respecta a nuestro país, y en consonancia con los tratados internacionales estudiados, la República Argentina ha adaptado su régimen interno conforme a las exigencias que de allí surgen. A modo de ejemplo, el decomiso se encuentra regulado en el art. 23 del Código Penal argentino³³ y establece que: "...El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

"El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros".

Asimismo, debemos hacer mención a lo dispuesto en el art. 35 del Código Penal argentino, según el cual "El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes...".

³² D'ALESSIO, Andrés José (ed.), *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, t. I.

³³ Sustituido por ley 25.815 -B.O. 1/12/03- y ley 26.842 -B.O. 27/12/12-, ampliado por ley 26.683 -B.O. 21/6/11-.

Es decir que, ante la sentencia condenatoria, debe producirse el decomiso de los instrumentos empleados y del producto/provecho vinculados al hecho delictivo que la motiva. Además, extiende el decomiso a personas de existencia ideal o terceros beneficiados a título gratuito y admite el decomiso sin necesidad de condena penal en determinados casos, como los "Delitos contra el orden económico y financiero"³⁴.

Además, se debe comprobar la ilicitud del origen o del hecho al que están vinculados los bienes y cuando el acusado no puede ser enjuiciado o reconoce la procedencia o uso ilícito de los bienes. En lo que a este punto respecta, deben darse las condiciones de los dos supuestos, siendo que en operaciones de blanqueo de capitales el decomiso resultará ser definitivo.

También nos encontramos con el art. 518 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina que dispone que, al momento de resolver el procesamiento, ordenará el embargo de bienes del/de los imputados hasta garantizar la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas. A su vez, señala que en el caso de que el imputado no tuviere bienes o lo embargado fuere insuficiente, el juez podrá decretar la inhibición general de bienes, siendo que las medidas cautelares podrán dictarse incluso previo al dictado del procesamiento cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que la justifiquen.

En relación a la inhibición general de bienes mencionada anteriormente "impide la disposición de derechos sobre los bienes cuyo dominio conste en registro públicos. Sólo se aplica a los bienes inmuebles, muebles registrables y a los derechos reales sobre ellos. Rige supletoriamente respecto del embargo, cuando siendo este pertinente no se conocen bienes del deudor o dichos bienes son insuficientes; en este último supuesto pueden coexistir ambas medidas (...) cabe recordar, en este sentido, que ningún escribano público puede auto-

³⁴ Conforme art. 305, Título XIII, Libro Segundo de la ley 26.683, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina de fecha 21/6/11.

rizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles (art. 23, ley 17.801) o sobre buques, embarcaciones o artefactos navales (art. 40, ley 19.171) sin tener a la vista el título inscripto en el registro correspondiente, así como la certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registrales, o que supeditan la inscripción de los respectivos actos o contratos a la previa obtención de la mencionada certificación (v.gr., arts. 4, decreto 4907/73 [Registro Nacional de Aeronaves] y 16 del decreto-ley 6582/58 [Registro de Propiedad del Automotor])”³⁵.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina tiene dicho que las medidas cautelares tienen como fin asegurar la eficacia de las sentencias (*Fallos*, 314:711) y adoptarlas en el proceso penal, en el momento preciso y sin demoras que no sean necesarias, a fin de no tornar ilusorio el decomiso del producto o provecho del ilícito, que prevé el art. 23 del Código Penal argentino. En igual sentido, en los *Fallos*, 254:320, considerando 13), y 321:2947, considerando 19), se nos indica que es deber de los jueces resguardar “la razón de justicia, que exige que el delito comprobado, no rinda beneficios”.

Por último, debemos mencionar necesariamente la denominada “*extinción de dominio*”, en la que Colombia ha sido precursora, permitiendo a los Estados atacar el poder económico obtenido ilícitamente y que permite mantener una estructura estable dedicada a la comisión de delitos y muchas veces a comprar la voluntad de funcionarios públicos³⁶.

La extinción de dominio es un instituto que permite recuperar para el Estado los bienes de origen ilícito con un procedimiento judicial autónomo de índole civil, aun cuando no exista una condena en sede penal. Si bien en muchos países se ha cuestionado la constitucionalidad de esta figura, lo

³⁵ ARAZI, Roland (dir.), *Medidas cautelares*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 212.

³⁶ FROMENT - ÁLVAREZ, “La narcocriminalidad en el Derecho Penal” cit.

cierto es que ningún ordenamiento jurídico protege los bienes adquiridos con fondos ilícitos.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha establecido incluso una ley modelo para América Latina que prevé todas las garantías procesales necesarias y los requisitos de procedencia de esta acción, partiendo de la base del legítimo ejercicio del derecho a la propiedad.

5. CONCLUSIÓN

Los delitos económicos causan daños que pueden afectar de manera directa o indirecta a terceros, a los individuos y a la sociedad en su conjunto atentando contra el desarrollo humano y social, produce distorsiones financieras afectando la competencia directa en el mercado, lo que lleva necesariamente a desequilibrios macroeconómicos.

Por ello, en las investigaciones de estos delitos, tal como los casos que planteamos a lo largo de este capítulo, resulta necesario efectuar un análisis patrimonial de los investigados a fin de identificar movimientos económicos, determinar bienes muebles e inmuebles, detectar operaciones de lavado de dinero y su vinculación con distintas personas humanas y/o jurídicas e intentar verificar cómo financian las actividades que se investigan.

Este análisis debe orientarse a recuperar los activos generados por la obtención de bienes ilícitos e impedir que los autores puedan disfrutar de los beneficios generados por ese u otro delito.

Finalmente, en este contexto deviene necesario promover las acciones estudiadas, las que entendemos que facilitarán el decomiso de productos e instrumentos originados en el delito de blanqueo de capitales y sus delitos precedentes, junto a un adecuado manejo y administración de los bienes incautados y decomisados.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAZI, Roland (dir.), *Medidas cautelares*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- BERMEJO, Mateo y GENOVESE, Marcos, *El delito de blanqueo de capitales*, Capítulo III, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2017.
- D'ALESSIO, Andrés José (ed.), *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, t. I.
- FROMENT, Matías Carlos y ÁLVAREZ, Matías Gabrie, l"La narcocriminalidad en el Derecho Penal", en la *Revista Iberoamericana de Derecho Penal y Criminología* IJ-DXLI-968.
- KIELMANOVICH, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado*, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I.
- LEGUISAMÓN, *Derecho Procesal Civil*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, t. II, p. 541.